

取消・追認と保証をめぐる一考察

前田陽一

- 一 はじめに
- 二 従来の学説・判例
- 三 沿革
- 四 結び

一 はじめに

主たる債務が取り消しうるものであるとき、保証人はこれを理由として、あるいは取消権を行使して、保証債務を免れることができるか。主たる債務者による追認がなされたあととはどうか。

右について、梅博士の所説をはじめとして多くの議論がなされてきたが、我妻説にほぼ落ち着いた今日、特にこれを議論する者もなく、あらためて検討する必要はないようにも見える。しかし、我妻説に問題がないわけではない。

それまでの学説は、我妻旧説を含め、保証人が取消権を行使することができるかどうかを問題として来た。⁽²⁾ところが、我妻説は「取消権という觀念に拘泥せずに、主たる債務が取り消されるかどうか確定するまで弁済を拒絶す

ることができる⁽³⁾」と解すべきであるとして、保証人の取消権の有無を正面から論ずることを避けている。また、「それは附従性の内容として認められるものである⁽⁴⁾」とするが、そもそものはドイツ民法七七〇条一項（主たる債務者が取消権を有する間は保証人は履行を拒絶しうる旨規定している）を参考にしたようである⁽⁵⁾。しかるに、保証の部分起草したのはフランス法の影響を強く受けた梅博士であり、現に日本民法の保証の部分はフランス法に多くを負っているとの指摘がある⁽⁸⁾。その梅博士が、保証人に取消権を認めた上で、民法一二二条但書を理由に主たる債務者の追認によって影響を受けないと論じている点⁽⁹⁾は注目し値しよう。

そこで本稿は以下のことを課題としたい。まず、梅説から今日に至る学説・判例を詳細に検討し直すことによつて現在の通説に潜在する問題点を浮かび上がらせる^(二)。次いで、現行民法典に至る沿革を遡ることによつて通説再検討のための手がかりを探る^(三)。最後に、以上を踏まえた若干の結論をもつて結ぶ^(四)こととする。沿革を遡る手法はやや使い古された感もあり、また、これだけですべてが決せられるわけでもない。しかし、従来この問題についてそのような検討をしたものは見当たらないことから、多少の意味が認められよう。梅説は、母法の影響を受けているはずであるにもかかわらず、今日全く顧みられていないが、なぜそうなったのか、再評価の余地はないのか。無意味な条文とされてきた民法一二二条但書⁽¹⁰⁾は梅説の言うような意味があるのか、といった点も明らかにしよう。

（１）今日の学説の分布については二三（イ）（d）を参照。

（２）二一から三（四）までを参照。

（３）我妻栄・新訂債権総論（昭和三九年）四八四頁。我妻説については二三（イ）（c）も参照。

（４）同右。

（５）同右四八三頁。ドイツ民法の影響については二三（イ）の冒頭も参照。

（６）福島正夫編・明治民法の成立と穂積文書（昭和三十一年）五四頁。

（７）星野英一「日本民法の出発点」民法論集第五卷（昭和六十一年）一八一頁。初出は東京大学公開講座・明治大正の学者たち（昭和五二年）。

(8) 西村信雄編・注釈民法(1)(昭和四〇年)一八一頁(椿寿夫執筆)。

(9) 梅謙次郎・民法要義 卷之三債権編(三三版)(大正元年)一四七〜一四八頁。梅説については二一(イ)も参照。

(10) 例えば、我妻栄・新訂民法総則(昭和四〇年)四〇〇〜四〇一頁、於保不二雄編・注釈民法(4)(昭和四二年)二八三頁(奥田昌道執筆)、星野英一・民法概論I(昭和四六年)二三六頁、四宮和夫・民法総則(四版)(昭和六一年)二二一頁。

二 従来の学説・判例

従来の学説・判例の流れについては、既に椿教授による要を得た概観があるが、以下では、学説相互の⁽¹⁾関係に留意しつつ、より詳しい分析を試みることによって、問題点を明らかにしたい。なお、学説史の部分では論者の肩書等を省略させていただく。

(1) 西村信雄編・注釈民法(1)(昭和四〇年)二〇六〜二〇七頁、二三三〜二三三頁(椿寿夫執筆)。説のネーミングその他、これに負うところが大きい。

1 民法典成立直後の学説——起草関係者による肯定と否定

(イ) 梅謙次郎の見解——取消権の肯定

(a) 梅は、『民法要義』で四四九条を注釈するにあたり、取り消しうる債務の保証についてかなり詳しく論じている。やや長くなるが以下要約する。

(i) 主たる債務が取り消されたときは保証人もその義務を免れるが、主たる債務者がその債務を取り消さないと、保証人は債権者からの請求に対して「抗弁トシテ其取消ヲ對抗」しうる。保証人は主たる債務者の債務の履行をなす責めを負うものであり、その債務が履行の必要のないものであれば保証人も履行の責めを負わない。ゆえに、「債務ニ付テハ保証人ハ所謂特定承継人ナリ然ルニ第二百二十条ニ依レハ取消シ得ヘキ行為ハ其取消権ヲ有スル者ノ承継人モ亦之ヲ取消スコトヲ得ルモノトシ尚ホ第二百二十二条ニ依レハ取消シ得ヘキ行為ノ追認ハ以テ第三者ノ

権利ヲ害スルコトヲ得サルモノトセリ然ルニ取消シ得ヘキ行為ノ特定承継人ハ追認ニ付テ之ヲ見レハ第三者ナルカ故ニ保証人ハ仮令主タル債務者カ其取消権ヲ拋棄スルモ尚其取消権ヲ債権者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ況ヤ主タル債務者カ未タ追認ヲ為ササルニ於テヤ⁽¹⁾とする。

(ii) しかし、あくまで「以上ハ保証人ノ善意ナルコトヲ予想シタ」ものであつて、取消原因について悪意の保証人の義務は「其原因如何ニ因リ或ハ義務ヲ負ヒ或ハ義務ヲ負ハス」とする。取消原因が無能力の場合は「主タル債務者カ其義務ヲ取消スモ己ハ尚ホ其義務ヲ負フヘキ意思ヲ有シタルモノト推定」せざるを得ない。「然ルニ純然タル保証債務ハ主タル債務ノ取消サレタル後存在スルコトヲ得サルモノ」である以上、この場合は、「真ノ保証人ニ非ス同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担スル者」と認めなければならない。他方、詐欺・強迫の場合は、「保証人ハ主タル債務者カ此原因ニ因リテ其債務ヲ取消スニ拘ハラス自己ハ尚ホ義務ヲ負フヘキコトヲ約スコト」はできない。それは「債権者ヲシテ詐欺若クハ強迫ヲ以テ取得シタル債権ノ履行ヲ得セシムルコトヲ確保スルモノニシテ間接ニ詐欺強迫ヲ奨励スルモノト」言わざるを得ないからであるとする。⁽²⁾

(b) (i) からは、梅が善意の保証人の取消権の根拠をもつばら民法一二〇条の「承継人」に該当することに求めているようにも読める。後述するようにその後の学説も——善意悪意を問わなくなったものの——そのように解してきた。

しかし、(ii)を見ると、いずれの取消原因にせよ主たる債務者本人が取消権を行使した場合の保証人の義務を論ずるもので、四四九条自体、善意の保証人は自ら取消権を行使しうるが悪意の保証人が自ら主たる債務を取り消すことはできないという前提を取る条文であるとの梅の解釈が読める。梅の講義録である『民法原理』を見ても、「保証人ノ取消権ハ一般ノ取消ニ関スル規定及ヒ保証債務ノ性質ヨリ生スル当然ノ結果ナリト為シ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス唯之ニ対スル例外トモ謂フヘキモノヲ規定シ以テ暗ニ其本則ヲ示スニ止メタリ⁽³⁾」として、四四九条が

善意の保証人の取消権——それは一二〇条のみならず保証債務の性質から当然導かれるとする——を暗に示した規定である旨を主張している。⁽⁴⁾ この講義録では保証人が特定承継人であることも述べているが、⁽⁵⁾ この点に一切触れず四四九条のみを根拠とする講義録もある。⁽⁶⁾ 次に述べる『法典質疑録』においても一二〇条には触れていない。⁽⁷⁾ 『法要義』の一二〇条の注釈においても特定承継人の例として保証人は登場せず、一二二条但書における追認によって害されない第三者の説明で保証人が登場するも「取消シ得ヘキ行為ヨリ生シタル債務ヲ善意ニテ保証シタル者」の取消権の根拠を四四九条に求めている。⁽⁸⁾ 保証人を特定承継人とするのは、取消権の根拠としては必ずしも積極的な意味を持たず、むしろ梅にとっては一二二条但書の適用に主眼があつたことについては三で述べる。

(ロ) 起草委員補助の見解——取消権の否定

しかし、梅の『民法要義債権編』以前に起草委員補助らによって著わされたものを見ると、梅の言う「暗に示された本則」は認められていない。

『法典質疑録』において起草委員補助の仁井田益太郎は、「保証債務ハ從タル債務ナリト雖モ主タル債務ノ取消ノ原因ハ当然保証債務ノ取消ノ原因ト為ルモノニ非ス……取消シ得ヘキ主タル債務ヲ保証シタルニ止マルモノトス故ニ保証債務其者ニ取消ノ原因ノ存セサル限りハ保証人ハ其債務ヲ取消スコトヲ得サルナリ……主タル債務者ハ取消ヲ為ササル限りハ履行ヲ為ササル可カラサルモノナルカ故ニ其履行ヲ為ササル場合ニ於テ保証人ハ其責ニ任セサル可カラサル⁽⁹⁾」と解答した。

これに対し、法典質疑会会長である梅は特に反対意見を付して、「保証人ハ主タル債務ノ履行ヲ為ス義務ヲ負フモノニシテ主タル債務者ノ有スル抗弁方法ハ保証人モ亦之ヲ有スヘク又第二百二十二条ノ規定ニ因リ仮令主タル債務者カ追認ヲ為スモ以テ保証人ニ對抗スルコトヲ得サ⁽¹⁰⁾」る、と主張した。

にもかかわらず、仁井田を含む起草委員補助三名の共著による『帝国民法正解』は、四四六条の注釈において

「主タル債務ノ取消シ得ヘキ場合ニ於テハ保証人ハ取消シ得ヘキ債務ヲ保証セルモノニ外ナラス保証債務其者ハ決シテ之ヲ取消スコトヲ得ルモノニ非サルナリ」⁽¹¹⁾とし、四四九条の注釈においても保証人ではなくもっぱら主たる債務者による取消があつた場合を前提とした規定と解して、⁽¹²⁾仁井田の見解を維持した。もつとも、仁井田は後に梅説寄りに改説することになるが、これは後述する。

(い) 梅以外の取消権肯定説

(a) 起草関係者ではないが岡松参太郎は、四四九条の注釈において「保証人ハ主タル債務者ノ有スル抗弁ヲ以テ債権者ニ對抗スルヲ得ルカ故ニ主タル債務カ取消シ得ヘキモノナルコトヲ知ラスシテ保証ヲ為シタルトキハ保証人ハ亦取消ノ抗弁ヲ主張シ保証債務ヲ取消スコトヲ得ヘキヤ言フ俟タス」⁽¹³⁾とする。他方、取消原因を知らながら保証した場合は、無能力取消については四四九条によって「独立ノ債務」を負担したものと「推定」されるので、「保証人ハ主タル債務ノ取消シ得ヘキコトヲ理由トシテ自己ノ債務ノ取消ヲ主張スルコトヲ得サル」が、詐欺・強迫については「推定」がないので、「保証人ハ取消シ得ヘキ主タル債務ニ付キ保証債務ヲ負担シタニ過キス従テ其保証債務ニ付テモ亦取消ヲ主張スルコトヲ得ヘシ」⁽¹⁴⁾とする。ただし、主たる債務者による追認がなされた場合は不明である。

岡松の所説は、説明の出発点においては一見梅と同じく保証人が善意の場合に限って取消権を認めたように見える。しかし、保証人が悪意の場合も、四四九条は無能力取消についてのみ保証人の取消権を否定したものであるとし、詐欺・強迫については善意悪意を問わず取消権を認める点で梅とは異なる。以後の取消肯定説は、岡松のように無能力取消以外は善意悪意を問わず保証人の取消権を認めるものが続く。善意の保証人に限定した梅の見解が沿革に従うものであることは三で述べる。

岡松は、保証人の取消権の根拠をもっぱら四四九条に求め、保証人を特定承継人とする説明は行っていない。し

かし、梅以降、保証人の取消権を肯定する学説も、また後述するようにこれを批判する学説も、前述した『民法要義』の書き方の影響からか、四四九条には触れず、保証人を特定承継人と解するか否かを議論するものが多く続く。

(b) 起草委員の富井政章は、「保証人ハ正確ナル意義ニ於ケル承継人ニ非スト雖モ主タル債務ヲ履行スル義務ヲ負フ点ニ於テ広義ニ於ケル承継人ト看做シ取消ヲ以テ抗弁ト為スヘキモノト解スヘキカ如シ⁽¹⁵⁾」と、保証人を特定承継人とする点に抵抗感を示しながらも梅説を支持したが、四四九条には触れていない。

(c) 富井は主たる債務者によって追認がなされた場合については言及していないが、梅と同じくこの場合も含めて保証人の取消権を認める横田秀雄がこれに続く。「其負担スル債務ニ付キテハ保証人ハ主タル債務者ノ特定承継人ナリ」とし、「追認ニ関シテハ保証人ハ第三者ナルヲ以テ『第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス』トアル民法第二百二十二条但書ノ規定ハ此場合ニ適用セラルヘキ……故ニ保証人ハ主タル債務者ノ追認ニ拘ハラス債権者ニ対シテ取消権ヲ行使シ其債務ヲ免脱スルコトヲ得ヘシ但保証人カ主タル債務者ノ無能力ナルヲ知リテ保証シタルトキハ……取消権ヲ行使スルコトヲ得サル⁽¹⁶⁾」と論じた。横田も取消権の根拠をもっぱら保証人を特定承継人と解すること求め、四四九条はその取消権を制限する規定と解するにとどまる。

(1) 梅謙次郎・民法要義 卷之三債権編(三三版)(大正元年、初版は明治三〇年)一四七〜一四八頁。

(2) 同右一四八〜一四九頁。

(3) 梅謙次郎講述・民法原理 債権総則(出版年不明)五四〇頁。

(4) 梅説による四四九条の理解は前述の『民法要義』も併せて考えればこうなる。四四九条は、主たる債務の取消原因について保証人が善意の場合は保証人にも取消権があるが、保証人が悪意の場合は主たる債務者本人しか取消権を行使できないことを前提としつつ、主たる債務が主たる債務者によって取り消された場合は保証債務も消滅するのが本来であるが、無能力取消に限っては悪意の保証人が保証債務ではなく「独立ノ債務」を負担したと「推定」することによって義務が消滅しない旨を規定したものである。つまり、四四九条は、主たる債務者本人しか取消権を行使しない例外的な場合(その場合も保証人の債務が消滅するのが原則であるがさらにその例外として消滅しない場合)を規定すること

によつて本則としての保証人の取消権を暗に示したものである。

- (5) 梅・前出注(3) 五三九頁。
- (6) 梅博士講述・民法債権篇上（出版年不明、謄写版、東大総合図書館蔵）一〇三〜一〇四丁。
- (7) 梅謙次郎・民法要義 卷之一総則編（三三版）（明治四四年、初版は明治二九年）三〇九頁。
- (8) 同右三一六頁。
- (9) 法典質疑会・法典質疑録第六号（明治二九年）四五九〜四六〇頁。
- (10) 同右四六〇〜四六一頁。
- (11) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎・帝国民法正解 第三卷（明治二九年）三二〇頁。
- (12) 同右三二九〜三三三頁。
- (13) 岡松参太郎・註釈民法理由 債権編（五版）（明治三二年、初版は明治三〇年）一七九頁。
- (14) 同右一八〇〜一八一頁。
- (15) 富井政章・民法原論 第一卷総則（二七版）（大正二一年、初版は明治三六年）五四三頁。
- (16) 横田秀雄・債権総論（二六版）（大正二〇年、初版は明治四一年）六五二〜六五三頁。なお、横田はこの問題について独仏法を参照している（六五三〜六五四頁）。

2 ドイツ法全盛期——取消権否定説の台頭と肯定説からの応対

1 で見てきたように、梅は四四九条を保証人の取消権の根拠として考えていた。しかし、梅の立場でも四四九条は例外を以て暗に本則を示したものととどまるため、当時から取消権否定説はもちろん肯定説においてもこれを論ずる学説は少なかった。梅は、保証人をもつて主たる債務者の特定承継人と解し、一二〇条をも根拠にして取消権を認めていたが、むしろ、保証人が一二二条の追認によつて害されない第三者である旨の説明に導くことに主眼があつたとも言える。しかし、保証人の取消権の根拠として一二〇条は四四九条よりも明快であることから肯定説の多くはもつぱらこれを論拠とすることになり、皮肉にも肯定説の中にも富井のように保証人を特定承継人と解することに抵抗感を示すものが出ていた。

(イ) ドイツ法学派による取消権の否定

既に富井にその兆しがあつたが、保証人を特定承継人と解しもつぱら一二〇条を根拠に取消権を認めたものと解された梅の見解は次々と批判されることになる。ドイツ普通法が保証人の取消権を認めていたのに対し、ドイツ民法がこれを認めなかったことがその背景にあるうか、ドイツ法の影響を強く受けたこの時期を代表する有力な学者⁽²⁾による反対説が続くことになる。川名兼四郎⁽³⁾、石坂音四郎、鳩山秀夫、中島玉吉⁽⁴⁾がこれにあたるが、そのなかで石坂と鳩山に代表させることにする。

(a) 石坂の論拠を整理するところなる。①民法は取消権について相殺権と同一の規定を設けていない。保証人は一二〇条における承継人でもない。②保証人に取消権を認めると、「他人間ノ法律関係ヲ消滅セシムルコトヲ得ル」結果トナ⁽¹⁾り、単に債務を担保したに過ぎない保証人が「全法律関係ヲ消滅セシムルコトヲ得ル」ことの結果、既に主たる債務者が反対給付を受けた場合これを返還すべき義務を負うことになる。③保証人による履行後に主たる債務が取り消された場合は「保証人ハ不当利得ノ請求権ニ基キテ債権者ヨリ其給付セルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得」るので取消権がなくても保護に欠けない。④立法論としては、ドイツ民法のように「主たる債務ノ原因タル法律行為カ取消シ得ヘキ間ハ保証人ニ給付拒絶ノ抗弁ヲ認ムルヲ以テ足⁽⁵⁾」り取消権を認める必要はない、とする。

(b) 鳩山も同様である。①「保証人ハ主たる債務者ヨリ債務ノ移転又ハ設定ヲ受クルモノニ非ザルハ明⁽⁶⁾」らかであり、一二〇条にいう承継人ではない。②保証人に主たる債務を取り消させることは保証債務の性質上不当であり、「保証債務ノ附従性ハ主たる債務ニ干渉スル権利ヲ保証人ニ与フルモノニ非ズ⁽⁶⁾」とする。

(ロ) 評価

しかし、右の論拠は必ずしも取消権肯定説を覆すことにはなっていないように見える。④の立法論以外それぞれ

について検討する。

① ①については、仮にそれが正しいにしても四四九条を根拠に保証人の取消権を認めることまでが否定されたわけではない。

② ②については、確かに一二〇条を根拠と考える場合そう解される余地がないわけではない。しかし梅は、主たる債務者がその債務を取り消さなくても保証人が債権者から請求された場合は「抗弁トシテ其取消ヲ對抗スルコト」ができる⁽⁷⁾とし、あるいは、「主たる債務者取消シ得ヘキモノナルトキハ保証債務モ亦取消シ得ヘシ⁽⁸⁾」とする。岡松も、保証人は主たる債務者の有する「抗弁ヲ以テ債権者ニ對抗スル」ことができるがゆえに取消の抗弁を主張して「保証債務ヲ取消スコトヲ得⁽⁹⁾」ると述べる。すなわち、保証人の取消権はあくまで自己の保証債務を取り消すために主たる債務が取り消しうるものであることを債権者に対抗するにとどまり、必ずしも批判説のいうような他人間の法律関係まで消滅させることを目的とするものではないことが分かる。

③ ③については、梅は、まさにその場合「債権者ニシテ無資力ナルトキハ保証人ハ到底損失ヲ免ルルコト能ハス⁽¹⁰⁾」として、保証人による取消の必要性を述べている。

（イ）取消権肯定説による応対

現に、取消権肯定説は、取消権否定説の有力化の中においても否定説からの批判を免れうる形で根強く残ることになる。

（a）起草委員補助であった仁井田が否定説に立っていたことは既に述べた。しかし、仁井田は、否定説同様「保証債務ハ従タル債務ナルカ為主タル債務アルニ非サレハ存在セスト雖モ敢テ主タル債務者ヨリ保証人ニ移転セルモノニ非ス」として保証人は承継人でない以上一二〇条で取消権を認めることはできないとしながらも、「四四九条ノ規定ハ保証人カ主タル債務者ニ属スル取消権ヲ行使スルヲ得ルコトヲ前提ト為シタルモノ⁽¹¹⁾」であるとして批判の

①①を免れる形で肯定説に転じた。

(b) ②②の批判についても取消権肯定説はこれを免れるものであったが、必ずしも明らかではなかったこの点を初めて明確に主張したのが磯谷幸次郎である。磯谷は、「保証人カ主タル債務ニ関スル取消原因ヲ主張……スルハ畢竟自己ノ負担スル保証債務ヲ消滅セシムルヲ期スルモノニシテ決シテ主債務者ノ為ニ其債務ヲ取消スモノニ非ス……債権者対保証人ノ関係ニ於テ取消スニ過キサルモノニシテ債権者対主債務者ノ関係ニ於テ取消スモノニ非ス……債権者ト主債務者トノ関係ニ於テハ其債務ハ尚依然トシテ存続スル⁽¹²⁾」として、保証人の取消権があくまで相対的なものであつて他人間の法律関係を消滅させるものでないことを明らかにした。

もちろん、磯谷の所説は批判①①をも免れるものであつた。すなわち、保証人は特定承継人ではないとして、取消権の根拠を一二〇条に求める見解を批判し、保証人が主たる債務者の有する抗弁権を行使しうるのは保証債務の性質として当然の結果であり、旧民法がこれを規定するも現行民法が削除したのは明文をもつて規定する必要があると認めたからである⁽¹³⁾とした。この点で磯谷は保証人の取消権について特に根拠条文を求めないようにも見え、後述のようにその後の取消権肯定説も根拠条文を特に論じないものが多くなる。もつとも、磯谷も四四九条の推定が働かないときは「保証人ハ主債務者ニ拘ハラス自ラ取消ノ抗弁ヲ行フコトヲ得⁽¹⁴⁾」と説明しており、四四九条が保証人の取消権を前提とした規定であるとしてこれを根拠とすることは妨げないようである。

なお、梅や横田と同じく磯谷も主たる債務者による追認後も保証人の取消権を認める。その理由として、一二二条但書を述べるにとどまらず、保証人が主たる債務者の有する抗弁権を行使するのは主たる債務者の利益のためではなく保証債務を消滅させるためであり、これは保証人の地位に伴う当然の権利である⁽¹⁵⁾とも述べている。

(1) 中島玉吉・債権総論(昭和三年)二六〇頁。

(2) 星野英一「日本民法学史(1)」法教八号(昭和五六年)三九〇四四頁を参照。明治四三年から大正一〇年をこの時期にあてている。なお、

梅・富井とこの時期の民法学との関係については、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学四一巻五・六合併号（平成三年）三九三頁以下を参照。

(3) 川名兼四郎・日本民法総論（二二版）（大正九年、初版は明治四五年）一五六頁は、一般論として、単に「保証人ヲ以テ主タル債務者ノ承継人トナスヘカラス」と論ずるにとどまる。これに対し、川名・債権法要論（大正四年）三九三〜三九五頁は、その理由をかなり詳しく論じ、さらに、保証人による相殺権の援用の規定はあるが取消権については特に規定がないことから、取消権は肯定できないとした。

(4) 中島・前出注（1）同頁。

(5) 石坂音四郎「保証人抗弁論」改纂民法研究下巻（大正九年）三二七〜三二九頁、初出は「保証人の抗弁を論ず」京法七巻七〜八号（明治四五年）。石坂・日本民法債権総論中巻（七版）（大正五年、初版は大正二年）一〇四三〜一〇四五頁もほぼ同内容である。

(6) 鳩山秀夫・日本債権法総論（増訂改版）（大正一五年、初版は大正五年）三二六頁。既に、鳩山・法律行為乃至時効（合本五版）（大正六年、初版は明治四五年）四〇七頁は、保証人は「權利ノ移轉ヲ受クル人ニアラサ」ること、実際上も、「主タル債務者ノ取消スヤ否ヤノ確定スル迄保証人ニ延期ノ抗弁権ヲ与フルハ可ナルヘシト雖モ独立ノ取消権ヲ与フルハ是認シ難キ所ニ属ス」として、「保証人ヲ承継者ニ數フルヘカラスルハ疑無シ」とする。なお、ここでは川名の講義が引用されている。また、鳩山・日本民法総論（増訂改版）（昭和五年）五〇七頁も参照。

(7) 梅謙次郎・民法要義 卷之三債権編（三三版）（大正元年）一四七頁。

(8) 梅謙次郎講述・民法原理 債権総則（出版年不明）五三八頁。

(9) 岡松参太郎・註釈民法理由 債権編（五版）（明治三二年）一七九頁。

(10) 梅・前出注（7）一四八頁。

(11) 仁井田益太郎「保証債務」法学新報二四卷一〇号（大正三年）四九〜五〇頁。

(12) 磯谷幸次郎・債権総論下巻（再版）（大正九年、初版は大正八年）二二二頁。

(13) 同右二二二頁。

(14) 同右一七六頁。

(15) 同右二二四頁。

3 その後の学説と判例——相対的取消説の多様化・単純否定説から履行拒絶抗弁説へ

(イ) その後の取消権否定説——判例への採用と単純否定説の凋落

(a) 2で述べたように、取消権肯定説に対する否定説による批判は、取消権の根拠を一二〇条に求めないことや

特に磯谷による相対的取消の主張によって一応かわされたと言うことができよう。もっとも、なおこれに反駁し

て、四四九条を反対解釈するだけでは取消権の根拠として足りないとする穂積重遠⁽¹⁾や、相対的取消という理論構成に疑問を示す勝本正晃⁽²⁾・岡村玄治⁽³⁾らによる単純否定説がしばらく続くことになる。

(b) これを受けて、大判昭和二〇年五月二二日（民集二四卷一号九頁）も否定説をとった。準禁治産者が補佐人の同意を得ないでなした消費貸借につき、連帯保証人が債権者からの請求に対しその取消を主張した事例で、①保証人は一二〇条にいう承継人ではないこと、②保証債務を消滅させる限度で保証人に取消権を与えた規定はないこと、③保証人に取消権を与えなくても保証債務の「従属性」には反しないこと、を理由に保証人による取消を否定した⁽⁴⁾。

(c) しかし、後述のようにこの時点で学説は（右判決の評釈も含め）、相対的取消説かあるいは取消権否定説を取るも履行拒絶の抗弁権を認めるものが大勢となり、単純に取消権を否定するにとどまるものは石田文次郎⁽⁵⁾を最後にして見あたらなくなる。

(四) 相対的取消説の多様化

磯谷の後、同じく相対的取消を主張したのが末弘厳太郎である。末弘によつて保証人による取消を肯定する説が再び有力となるが、末弘以降、主たる債務者による追認との関係で説は分かれることになる。また、取消権の根拠として一二〇条はもちろん四四九条もあまり主張されなくなる。

(a) 末弘厳太郎

当初、単純否定説をとつていた末弘⁽⁶⁾は、以下のように述べて肯定説に転じた。梅や富井のように保証人を一二〇条のいう承継人として取消権を認めるのは理論的に感心できないが、保証人の取消権を否定して「主債務者の意思如何に依つて、保証人の責任が或は消滅し或は存続すると言ふが如き結論を認めることは、保証債務の附従的性質を実質的に考へる限り理論的に甚だ不合理である」。したがって、「保証人は自己の利益に関する限り、主債務者の

有する取消権を自己の爲めに行使して之を債権者に対抗し得る、此場合若し主債務者が取消を欲しないならば、彼に関する限り債務はそのまま之を存続せしめるがいい、しかしそれが爲め保証人が自己の利益の爲めに取消権を援用することを禁ずべき理由は少しもない」。「取消の相対性、それは今でも債権者取消権に関する限り、大審院の認めてゐる理論であつて」、「保証人が自己に関する限り取消権を行使することを許しても理論的に何等の不都合もな」く、「かくしてこそ保証債務の附従的性質が実質的にその価値を現はす⁽⁷⁾」、とする。

(b) 兼子一

末弘の所説は、磯谷を引用していないこともあつて、磯谷との差異が必ずしも明確に浮かび上がつてこない。この点を明らかにした形で議論を展開したのが兼子である（もつとも、兼子も磯谷までの肯定説を念頭においていない点では変わらない）。

兼子も、詐害行為取消権の解釈のみならず民法九六条三項が明文で認めていることから、取消の相対性は可能である、とする。しかし、他人の形成権の相対的行使という末弘の説は、第三者が積極的に行使する限りその後の本人による追認に左右されない点では保護として十分かもしれないが、「本人の形成権の消滅に附従する」点、つまり「本人に形成権が帰属して居る間に之を行使せねばならぬ」点で難点がある、とする。もつとも、本人の追認による取消権消滅後も一二条但書の趣旨から第三者の行使権を消滅させないとする余地はありうるが、むしろ、単に保証債務の附従性を理由とする取消権の代位行使を認めるよりは「主債務の取消原因に基く滅却的永久的抗弁権を認める方がよりスムーズな構成」である、とする。これは、民法四四九条の裏面から推知されるように、「保証契約が主債務の瑕疵なき成立を前提として為されるを通常とする」ことから導かれる⁽⁸⁾、とする。

つまり、末弘説によれば、保証人は主たる債務者の取消権を自己の爲めに行使しうるが、その効果はあくまで相対的なものであつて後に主たる債務者が追認してもその影響を受けないものの、主たる債務者による追認後は取消

権を行使できないことになる。これに対し、磯谷と兼子は理論的にはともかく結論において主たる債務者による追認後も保証人による取消を認める点では共通し、末弘と対立する。その後の学説で、追認に左右されない取消権を認めるのは小池隆一⁽⁹⁾にとどまり、梅以来の説はここに途絶えることになる。

(c) 幾代通

これに対し幾代は、昭和二〇年判決の評釈で末弘を支持して兼子を批判した（もちろん判決にも反対した）。幾代は、保証債務の附従性のみならず、主たる債務者の一般債権者が取消権を代位行使できることとの均衡からも、保証人に主たる債務者の取消権を行使する権能が——自己の債務を消滅せしむる限りで、しかもその後の主たる債務者による追認によって影響を受けないものとして——与えられてよい、とする。⁽¹⁰⁾しかし、主たる債務が先に追認された場合まで取消を認める兼子の所説については、保証債務の附従性に反し、不当に保証人を保護するものである、とする。確かに時効の援用の場合と同じ結果になるが、時効消滅はいわば客観的な事実であるのに対し、取消は行為者の意思にかかる制度であつて、主たる債務者がひとたび確定する行為にでた以上はそれに従うべきである、とする。⁽¹¹⁾その後の学説では星野英一がこれを支持する。⁽¹²⁾

(d) 我妻栄（旧説）——暫定的取消説

時期はやや前後するが、末弘の相対的取消説を前提とした学説として、我妻の暫定的取消説がある。「主たる債務者の取消可能性のある間に保証人に弁済を強いることは保証人に酷であつて、保証債務の附従性にも反する嫌がある。然し他方から見れば、主たる債務者が追認をした場合に保証人だけが債務を免れうるとなすのは、保証債務の担保的性質に反する」し、主たる債務の時効消滅とは問題を異にする。そこで「主たる債務が取消しうべきものであるときは、主たる債務者の取消又は追認によってその効力の確定するまでの期間に限り、保証人は自己に対する関係において、主たる債務の取消を為しうる」が、「後に主たる債務者の取消又は追認あらばこれに従う」⁽¹³⁾と

解すべきである、とする。その後、山中康雄⁽¹⁴⁾と松坂佐一⁽¹⁵⁾がこれを支持したが、我妻は後に改説する（後述）。

我妻の所説は、相対的取消を前提としながら、それを主たる債務の運命が決まるまでの暫定的なものと解することによって、ドイツ民法七七〇条一項や日本商法八一条二項とほぼ同一の結果をめざしたものであり、その点では次に述べる履行拒絶抗弁説と共通する。我妻暫定的取消説は履行拒絶抗弁説に対し、幾代はこう反駁する。保証人については商法八一条二項の規定する合名会社の社員より独立性の強い抗弁権が与えられてもよい。取消後に主たる債務者が追認した場合保証人だけが債務を免れるのは保証債務の担保的性質に反するとの我妻の批判に対しては、保証債務の附従性を認める以上、これによって生ずる危険を債権者が負担することはやむを得ない、とする。⁽¹⁷⁾

（イ）履行拒絶抗弁説

単純否定説を取る学説の中にも、立法論としては、ドイツ民法七七〇条一項のように主たる債務者が取消権を有する間は保証人は履行を拒絶しようと解すべきである、とするものが既にあった。⁽¹⁸⁾しかし、末弘による相対的取消説の前後を境として、単純に保証人の取消権を否定するにとどまることができなくなった否定説は、明文はないもののこれを解釈論として提示するに至る。その結果、結論の妥当性を得た否定説は、肯定説が必ずしも取消権の条文上の根拠を主張しなくなり同じく附従性を根拠とするにとどまったこともあって、再び有力化、通説化することになる。

（a）末弘論文の前年、近藤英吉・柚木馨は、保証債務履行後に主たる債務が取り消された場合、保証人が不当の損失を被る恐れがあることから、明文はないが理論上、主たる債務に取消原因があることを理由とする履行拒絶の抗弁が認められるべきである、とした。民法が保証人に催告と検索の抗弁権を与えている趣旨からも肯定されるべきであるとするが、附従性の問題には言及していない。⁽¹⁹⁾

近藤・柚木は、取消権肯定説を取消の絶対性に基づいて批判する点ではかつての単純否定説の域を出ていない。⁽²⁰⁾

しかし、石坂に代表される単純否定説が、保証債務履行後に主たる債務が取り消された場合について、保証人は債権者に対して不当利得に基づく返還請求ができるので保護に欠けないとしていたのに対し、その場合、債権者の無資力の危険を保証人が負担しなければならないことを問題にした点で、取消権肯定説側の主張を一部取り入れたことになる。⁽²¹⁾

(b) さらに、末弘の相対的取消説を批判するかたちで履行拒絶抗弁説を主張したのが西原信雄である。要約するところなる。取消権は表意者を保護するためのものである。保証人については、保証契約の取消権が与えられることによる保護で十分であり、主たる債務者と同一の保護を与える必要はない。末弘は主たる債務に取消原因があるとき主たる債務者の意思如何によつて保証人の責任が左右されることを保証債務の附従性に反する不合理なものとするが、取り消し得る債務であつても有効である限りは保証債務を履行するのが原則であつて、主たる債務の取消によつて保証債務を免れるのはむしろもつちの幸いと言える。末弘のように主たる債務が追認により後日確定的に存続するに至るかもしれない間に保証人が取消権を行使して保証債務のみを消滅させることを認めることこそ、かえつて保証債務の附従性に反し、取消権の保護を不当に拡張するものである。不合理があるとすれば、それは、主たる債務が取り消されるか否か不確定の間に保証人に弁済させることであつて、附従性を根拠に一時的に履行を拒絶する抗弁権を与えれば足りる。この場合に直ちに履行させることもまた直ちに免責させることも附従性から見て行き過ぎである。⁽²²⁾ 西原は昭和二十年判決の評釈においても同旨のことを述べて判決および末弘に反対した。⁽²³⁾

ここで興味深いのは、両者の言う「附従性」の違いである。末弘は、主たる債務が取り消しうる状態にもかかわらず保証人が主たる債務者のように取消権を行使することができず主たる債務者の意思に左右されるのは、主たる債務者よりある意味で重い責任を負う点で附従性に反するとしているようである。西村は、主たる債務の運命に従わないで保証債務のみが消滅することを附従性に反するとしている。末弘の言うことが「より重い責任」というこ

とができるかどうかは別として、用語の使い方としては末弘のほうが正確であり、⁽²⁴⁾ 前述した我妻は後者の問題を保証債務の担保的性質に反するかどうかの問題としている。⁽²⁵⁾ いずれにせよ、履行拒絶の抗弁については、主たる債務者より重い責任を負わせないという点で附従性のコローリーになりうるものであり、明文はないものの履行拒絶抗弁説は有力な根拠を得た。

(c) 我妻旧説の暫定取消説が結果においては履行拒絶抗弁説とほとんど変わらないことは前述した。履行拒絶抗弁説は、相対的取消説の中で暫定的取消説の結果を最も妥当なものとしたが、その理論に対しては批判を続けた。⁽²⁶⁾ 柚木は、主たる債務者が追認すれば消滅するようなしかも相対的な取消権を認めることは疑問であるとし、於保不二雄も、附従性を根拠に保証人の履行拒絶のための相対的取消を認めるくらいならば履行拒絶権そのものを認めるほうが素直である、⁽²⁷⁾ とした。

ここに至って我妻も改説し、次のように述べた。相対的取消を前提とする、我妻旧説、末弘・幾代説、兼子説を並べたうえで、いずれをとるかは保証人の責任をどの程度強く認めるかの問題であり、保証人の責任は後のものと軽くなる、とする。兼子説は、追認に左右されない取消権を認める点で徹底しているが保証の担保的作用を弱くするものであり、主たる債務の時効消滅と同様の結果になるが取消と時効は異なる、とする。末弘・幾代説については、主たる債務者による追認以前は取消を認めるが追認後は認めないという追認の前後で区別する理由が明らかではない、とする。したがって、実質的には追認までの暫定的取消を認める旧説が妥当であるが、「然し、そうだとすると、取消権という觀念に拘泥せずに、主たる債務が取り消されるかどうか確定するまで弁済を拒絶することができる、それは附従性の内容として認められるものである、と端的な構成を与えるほうが平明であろう」⁽²⁸⁾ とする。

(d) 以後、履行拒絶抗弁説は確固たる通説の地位を築く。今日に至る主要な学説はいずれもこれを支持する。⁽²⁹⁾ 唯

一の例外が星野説である。四四九条は保証人の取消権を前提としたものであるとし、我妻と同様、我妻旧説、末弘・幾代説、兼子説を並べたうえで、保証債務は主たる債務を担保するものであることと、いったん取り消したのに効力を復活させるのは酷であることから、末弘・幾代説を支持する。⁽³⁰⁾

- (1) 穂積重遠・日本民法総論〔改訂三版〕(昭和六年、初版は昭和五年) 四一四頁。
- (2) 勝本正晃・債権総論 中巻之一 (昭和九年) 四〇七頁。勝本は、四四九条を根拠とする点にも疑問を示す(同書四〇五、四〇六頁)。
- (3) 岡村玄治・債権法総論(五版)(昭和一九年、初版は昭和一五年) 二〇四頁。
- (4) 原文は「取消シ得ヘキ行為ニ付何人カ取消権ヲ有スルカハ民法第二百二十条ノ規定スル所ニシテ無能力者ノ債務ヲ保証シタル者ハ同条ニ所謂承継人ニ該当スルコトナク又保証債務ヲ消滅セシムル範圍内ニ於テ保証人ニ主債務者タル無能力者ノ行為ノ取消権ヲ行使スルコトヲ認メタル規定アルコトナシ又保証人ニ斯ル取消権ヲ与ヘサルコトハ毫モ保証債務ノ從屬性ニ反スルコトナシ」。
- (5) 石田文次郎・債権総論(一〇版)(昭和三年、初版は昭和二年) 一三〇頁。
- (6) 末弘嚴太郎・債権総論(現代法学全集)(昭和九年) 二六六頁。
- (7) 末弘嚴太郎「主債務者の取消権と保証人——民法雜記張(一一)——」法時八卷一号(昭和二年) 二〇頁、民法雜記帳(昭和一五年)・民法雜記帳下(昭和二八年) 所収。
- (8) 兼子一「連帶債務者の一人の受けた判決の効果」民事法研究Ⅰ(昭和一五年) 三八六、三八七頁、初出は法協五六卷七号(昭和一三年)。
- (9) 小池隆一・債権総論(訂正二版)(昭和三年、初版は昭和二年) 二一六、二一七頁。
- (10) 幾代通・判例民事法昭和二〇年度二事件評釈(昭和三〇年) 七頁。
- (11) 同右七、八頁。
- (12) 星野英一・民法概論Ⅲ(債権総論)(昭和五三年) 一八六頁。
- (13) 我妻栄・債権総論(昭和一五年) 二二二頁。
- (14) 山中康雄・債権総論(昭和二八年) 一八六頁。
- (15) 松阪佐一・民法提要 債権総論(昭和三年) 一四一頁。
- (16) 我妻・前出注(13) 同頁。
- (17) 幾代・前出注(10) 七、八頁。
- (18) 石坂音四郎「保証人抗弁論」改纂民法研究下巻(大正九年) 三二八、三二九頁、鳩山秀夫・法律行為乃至時効(合本五版)(大正六年) 四〇七頁。後のものとして、岡村・前出注(3) 二〇五頁。
- (19) 近藤英吉・柚木馨・注釈日本民法 債権編総則 中巻(昭和一〇年) 一六一、一六二頁。

- (20) 同右一六一頁。
- (21) 同右一六二頁および2(1)(a)と2(1)(b)を参照。
- (22) 西村信雄「雜誌論文月評」法時八卷二號（昭和十一年）四二～四三頁。
- (23) 西村「判批」民商二三卷一號（昭和二十三年）五三～五八頁。西村の所説については西村・訂正債權法總論（昭和三十三年）一三二頁も参照。
- (24) 例えば、我妻榮・新訂債權總論（昭和二十九年）四五頁を参照。
- (25) 我妻・前出注（13）同頁。
- (26) 柚木馨・判例債權法總論下（昭和二十六年）八二頁。
- (27) 於保不二雄・債權總論（昭和三十四年）二四三頁。
- (28) 我妻・前出注（24）四八三～四八四頁。
- (29) 柚木馨・高木多喜男補訂・判例債權法總論〔補訂版〕（昭和四十六年）二九七頁、於保不二雄・債權總論〔新版〕（昭和四十七年）二七〇頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男・債權總論〔改訂版〕（昭和五十六年）四〇三頁、平井宜雄・債權總論（昭和六〇年）二三八頁、鈴木祿弥・債權法講義〔改訂版〕（昭和六二年）三一六頁、奥田昌道・債權總論下（昭和六二年）三九八頁。
- (30) 星野・前出注（12）同頁。

4 小括・評価

従来の学説を正確に認識・評価することをめざしたため学説史がやや長くなったが、以上を要約しつつ評価し、三への問題意識を述べることにする。

梅博士に始まる取消権肯定説は、当初、(a)取消権の根拠をもっぱら一二〇条に求めるものである、(b)取消の効果は主たる債務者・債権者間に及ぶものある、と理解されたため、否定説からの批判を浴びた。しかし、取消権の根拠が一二〇条ではなく四四九条に求められること、その効果は相対的であることが磯谷判事らによって明らかにされ、右の批判はかわされた。同じく相対的取消を末弘博士が主張したことから肯定説は再び有力となった。しかし、末弘博士の所説は磯谷判事に至る肯定説の流れとの間に断絶を見せるものであり、そのことが新たな否定説の有力化、通説化につながった。

それまでの肯定説の多くは一二二条但書という条文上の根拠をもって保証人の取消権は主たる債務者による追認

によつて影響を受けないと解していた。しかし、末弘説以降、追認との関係で説は分かれ、かつての肯定説と同様の見解を採るものは兼子説を最後に（その兼子説自身かつての肯定説の流れを直接受け継ぐものではない）ほとんどいなくなった。その結果、追認によつて多かれ少なかれ左右されることになる取消権を認める点で徹底しない肯定説は、否定説からの理論的批判を浴びることになった。特に、我妻博士が暫定的取消説から改説した背景として、後述の事情のみならず、いったんなされた取消の効力が追認によつて覆されることに對する否定説からの批判があつたことも指摘できよう。

さらに、そもそも取消権の根拠にしても、初期の肯定説が四四九条という条文上の根拠を提示していたのに對し、末弘・幾代・我妻（旧）説は單に附從性を根拠にするにとどまりこれを提示しなくなった。他方、否定説はドイツ民法七七〇条一項が認める履行拒絶の抗弁権を明文はないものの附從性の解釈として採用するに至り、保証人が債権者の無資力の危険を負わないで済むという点で取消権肯定説と共通する妥当性を持つこととなった。その結果、同じく明文の根拠なく附從性から導く限りは、取消権ではなく弁済拒絶の抗弁権を主張するにとどまる否定説の方がより説得力を持つ（説明として飛躍が少ない）ということになった。我妻博士が「取消権と言う觀念に拘泥せずに、主たる債務が取り消されるかどうか確定するまで弁済を拒絶することができる、それは附從性の内容として認められるものである、と端的な構成を与える方が平明であろう⁽¹⁾」として取消権肯定・暫定的取消説から取消権否定・履行拒絶抗弁説に転じたことには、そのような背景があろう。

したがつて、ドイツ民法では明文で認められる履行拒絶の抗弁権を附從性から導きつつドイツ民法同様取消権を否定する通説に對して、取消権肯定説が附從性ではなく四四九条というより強い条文上の根拠をもつて取消権を主張するならば、そして、その効果が相対的であることを論証するならば、少なくとも形式論においてはより強い説得力を持つことになるはずである。現に、今日の有力な学者の中において唯一保証人の取消権を肯定する星野教授

は、四四九条について「保証人に取消権があることを前提としているように見える」⁽²⁾と述べている。他方、取消権否定・履行拒絶抗弁説に従う平井教授は、「一二〇条の明文に反しないように努むべきである」⁽³⁾とする。

ここに、はたして四四九条は保証人の取消権を前提とするものなのか、そうだととしても、一二〇条なくして四四九条のみをもって保証人の取消権を肯定しうるのかどうか⁽⁴⁾、が議論の有力な決め手として浮上することになる。ここで想起されるが梅博士と磯谷判事である。すでに1(i)で示したように、梅博士は『民法原理』において、保証人の取消権は取消権の一般規定のみならず保証債務の性質より当然に認められるものだから、新民法では特に規定を設けず四四九条の例外を以て本則を暗示させた旨を述べている。磯谷判事も2(i)(b)で示したように、保証人の取消権は保証債務の性質から当然の結果であり旧民法はこれを規定するも新民法は明文の必要がないとしてこれを削除した旨を述べている。そこで以下では、起草過程、旧民法、ボアソナード草案、フランス民法と沿革を遡ることによって、前述した「議論の決め手」を明らかにしつつ、仮に取消権が認められるにしても、当初梅博士が主張したように保証の際に取消原因について善意の場合に限られるのか、その効果は相対的なものなのか、追認との関係はどうなのか、についても検討の対象とする。

(1) 我妻栄・新訂債権総論（昭和三九年）四八四頁。

(2) 星野栄一・民法概論Ⅲ（債権総論）（昭和五三年）一八六頁。

(3) 平井宜雄・債権総論（昭和六〇年）二三八頁。

(4) 仮に四四九条が一二〇条のみを根拠とした保証人の取消権を前提とした起草されたものであれば、保証人の取消権の根拠として四四九条を持ち出したとしても、(i)保証人は特定承継人ではない、(ii)したがって、一二〇条の「承継人」として取消権を認めることはできない、という否定説の批判を完全にクリアできなかったことにはならない。

三 沿 革

四四九条は保証人の取消権を前提とするものか、一二〇条なくして四四九条のみをもって保証人の取消権を肯定しうるか。その鍵が旧民法にあることは、梅博士や磯谷判事の示すところであつた。そこで、まず、旧民法から現行民法に至る経緯の中からの点を明らかにする。次いで、保証人の取消権は保証の際に善意の場合に限られるかどうかについて、旧民法の元となつたボアソナード草案とフランス民法を簡単に比較する。最後に、主たる債務が追認された場合にも取消が認められるかどうかについて、旧民法、ボアソナード草案、フランス民法などを検討の対象とする。以下では、沿革のうち右の問題意識に照らして必要な部分のみを取り上げ、叙述の順序も論旨との関係で前後することをお断りしておく。

1 保証人の取消権をめぐる——四四九条起草における旧民法債権担保編二五条削除の事情

(イ) 旧民法

(a) 第六十八回法典調査会議事速記録を見ると現行四四九条に相当する四五一条の参照条文として旧民法債権担保編九条、同二五条二項が挙げられている。⁽¹⁾後述のように、梅委員の説明においても旧民法の上記の規定を受け継いだものであることが示されている。まず、九条・二五条を見ることにする。

九条 総テ有効ナル義務ハ之ヲ保証スルコトヲ得

無能力者ノ取消スコトヲ得ヘキ義務ト雖モ亦有効ニ之ヲ保証スルコトヲ得其義務カ裁判上ニテ取消サレタル後ト雖モ保証ハ其効力ヲ存ス但保証人カ其保証ノ際債務者ノ無能力ヲ知リタルトキニ限ル

二五条 保証人カ基本ニ付テ答弁スルトキハ主タル債務ノ組成又ハ其消滅ヨリ生スル抗弁ヲ以テ債権者ニ對抗スルコトヲ得

保証人ハ債務ヲ保証スルニ当リ債務者ノ無能力又ハ其承諾ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ此等ノ事項ヨリ生スル無効ノ理由ヲ以テモ對抗スルコトヲ得

(b) 梅博士や磯谷判事の言う、現行民法では当然のこととして特に規定されなかった保証人の取消権に相当するものが、右の二五条（特にその二項）であることが分かる。旧民法の注釈書も（後述するボアソナード草案一〇二五条の注釈も）、主たる債務者による主張を待つまでもなく保証人自ら無効の主張をなしうるとしたのが二五条であるとする⁽²⁾。もつとも、旧民法財産編五四四条は無能力と承諾の瑕疵（錯誤・詐欺・強暴）を「削除」の原因とし、他方、債権担保編九条では無能力を「取消」し得べきものとしていることが気になるのである。しかし、旧民法の注釈書が、①債権担保編九条・二五条の説明において、無能力と承諾の瑕疵（錯誤・詐欺・強暴）をあわせて「取消」原因とし⁽³⁾、「削除」と特に区別せずに用いていること、②「取消」し得べきものであっても裁判所でその無効を宣告されない限りは有効であり⁽⁵⁾、「削除」されることによって遡って無効になるとしていることを考えれば、こうなるう。

すなわち、①二五条二項は、保証するにあたり主たる債務の「取消（削除）」原因を知らなかった場合に限られるものの、保証人が自ら主たる債務の「取消」を主張してその無効を債権者に対抗すること——保証人の「取消」権に相当するもの——を認めた規定であり、②その「取消」は錯誤も「取消」原因とする点において現行民法における取消とは異なるが、「取消」されない限り有効であつて「取消」されることによって遡って無効になる点では基本的に同じである、と言うことができよう（以下現行民法の取消と区別して「取消」と表示する）。しかも、債権者に無効を「対抗」するものである以上、「取消」の効果は保証人・債権者間にとどまり主たる債務者に及ぶものではない——つまり相対的なもの——と言うことができよう。この点は、後述のように、追認との関係でボアソナードの述べているところからも裏づけられる。

(ロ) 現行民法起草過程

(a) 法典調査会

右の二条を受け継いだのが、第六十八回法典調査会における四五一条である。

四五一条 無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル者カ保証契約ノ時ニ於テ其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担シタルモノト推定ス但
反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス⁽⁷⁾

梅委員による冒頭の説明を債権担保編九条・二五条と四五一条の關係に焦点を当てて要約する。

まず、九条との關係についてはこうである。九条一項は言うまでもないので掲げず、直ちに二項の規定を掲げた。しかし、九条の書き方であると「此場合ニ矢張り保証契約ト云フモノガ成立テ居ツテ保証人ノ義務ト云フモノハ保証債務トシテ矢張り効力ガアルト云フ様ニ見エル」。「然ルニ主タル債務ト云フモノハ既ニ取消サレテ消エテ居ルノニ保証人丈ケノ義務ガ保証人トシテ残ルト云フコトハドウシテモ保証ノ性質ニ反スル」。「私共ノ解シマス所デハ此保証人が無能力デアルト云フコトヲ知リツツ仮令ヒ無能力者が取消シテモ私が義務ヲ盡シマセウト云ツテ約定ヲシタ場合デアレバ夫レハ一種独立ノ債務ヲ負フタノデアル」。「是レハ保証デナイ性質ガ丸デ違ウノデアル夫レデ其意味ヲ明カニスル為メニ此処ニ独立ノ債務ト云フコトヲ入レマシタ」⁽⁸⁾とする。

次に二五条との關係についてはこうである。旧民法はほとんど同一の問題を九条二項と二五条二項に分けて規定している。前者は無能力の場合だけを言い、後者は無能力と承諾の瑕疵の場合を含む。二五条二項は無能力を知つて保証した場合はその理由を以て対抗しうることとなり、知っていたら対抗ができない、つまり義務を負うというので九条二項と抵触しない。しかるに、「承諾ノ瑕疵ノ場合ニ於テ承諾ノ瑕疵ヲ知ラナカッタナラバ対抗ガ出来ルト云フカラ裏面カラシテ其承諾ノ瑕疵ヲ知ツテ居ツタナラバ対抗ガ出来ヌ即チ義務ヲ負フト云フコトニナラナケレ

バナラヌ」ので、「然スルト前ノ九条デハ只無能力ニ関スル規定ノヤウニ見エテ居ツタガ第二十五条ノ二項ハモツト広い総テ取消シ得ベキ債務ニ付テ（取消後も保証人が義務を負う）規定ニナツテ居ル様ニ見エル⁽⁹⁾。しかし、「追認シタ後ナラバ宜イガ……若シ本人ガ追認シナカツタナラバ自分ガ履行スルト云フノハ取りモ直サズ詐欺又ハ強暴ヨリ生ジタル結果ヲ確メルコトニナルカラ目的ガ不法デアル夫レハ絶対ニ無効デアルト」解するのを正しい説と信ずる。したがって、「詐欺強暴ノ場合ハ如何ニモ取消スベキ場合ガアルケレドモ其場合ハ……保証人が独立シテ義務ヲ負フト云フコトハ出来ヌ矢張り取消シ得ベキ債務ヲ其儘ニ保証」することとなる。すなわち、詐欺強暴を知りながら保証をしようと言ったときは（通常の）保証ではなく「独立ノ債務ガ成立チ得ルト云フコトハ……認めナイ方ガ宜シイ然ウスレバ却テ第二十五条ノ二項ノ如ク広く書クノハ宜シクナイカラ前ノ九条ノ如ク狭ク書クノガ宜イ夫レデ本案デハ二十五条ノ二項ハ削ツテ九条ニ聊カ修正ヲ加ヘテ此処ニ存シタノデアリマス⁽¹⁰⁾」とする。これに続く議論については特に注目されるものはない。⁽¹¹⁾

(b) 整理会と民法修正案

整理会ではこの条文は四四五条となり、議長は「『時ニ於テ』ガ『当時』トナツテ但書ガ削ラレマシタガ之モ前ノ文例ノ通りデアル」と述べて、「朱書ニ決シ⁽¹²⁾」た。この段階で現在の文言になった。

これが民法修正案四四八条として衆議院に提出され、法典調査会における説明をほぼ要約した理由が付された。内容は重複するが、二五条二項との関係は(a)よりも要を得た説明となつていたので、引用する。

「本条ハ或人カ無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル際ニ独立ノ義務ヲ負担スヘキモノト推定セルナリ其他ノ原因、例ハ詐欺若クハ強暴ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証スル場合ニハ決シテ此推定ヲ下サス蓋シスノ如キ債務ヲ保証シタル場合ニモ尚保証人ニ独立ノ義務ヲ負ハシメ債権者ヲシテ其義務ノ履行ヲ得セシムルトキハ或ハ詐欺強暴等ヲ奨励スルノ結果ヲ生センコトヲ恐ルルカ為メナリ既成法典債権担保編第二十五条二項ハ或ハ反対ノ解釈ヲ

容ルル余地アルヲ以テ之ヲ冊除セリ」⁽¹³⁾

なお、二五条一項の削除については、修正案四五一条（現行四五二条）の理由で言及されている。保証人が「債務ノ成立又ハ其消滅ヨリ生スル抗弁ヲ對抗シ得ルハ当然ノ事」で「言フヲ待タサル所」なので二五条一項も削除した、とする。⁽¹⁴⁾

民法修正案四四八条は、貴族院議案としては四四九条となり、⁽¹⁵⁾現行四四九条に至った。

（い） 小括・評価

（a） 旧民法債権担保編二五条二項は、保証するにあたり主たる債務者の無能力や承諾の瑕疵（錯誤・詐欺・強暴）という「取消（削除）」原因を知らなかった場合に限られるものの、保証人が自ら主たる債務の「取消」を主張してその無効を債権者に対抗すること——保証人の相対的「取消」権に相当するもの——を認めた規定であった。右の規定が現行民法で削除されたのは以下の事情による。

二五条二項を反対解釈すると、「取消」原因を知って保証した場合は「取消」による無効を「債権者に対抗できない」ことになる。他方、「取消」原因を知って保証した場合の中でも無能力については、主たる債務者による「取消」にもかかわらず保証はその効力を存するとする同九条二項があるため、「債権者に対抗できない」とは、とりもおさず、そのことを意味すると解する余地が生ずる。すなわち、二五条の反対解釈から、すべての「取消」原因について、主たる債務者による「取消」にもかかわらず保証はその効力を存する（但し保証人が悪意の場合に限る）と解しうることになる。しかし、詐欺・強暴について、主たる債務者による「取消」がなされたにもかかわらず保証人が義務を負うとするのは、詐欺・強暴の結果を「確カメ」、詐欺・強暴を「奨励スルノ結果」を生ずる恐れがある。そこで梅博士は、現行四四九条を起草するに当り、二五条二項に相当する規定を削除することによって、九条二項のような扱いが二五条二項に相当する規定の反対解釈から詐欺・強迫を含む取消原因一般に適用され

る余地をなくした。また、博士は、九条のように主たる債務者による取消後も保証人だけが義務を負うことは保証の性質に反するものとして、現行四四九条では保証人はこの場合一種の「独立ノ債務」を負担するものとした。

(b) このように、四四九条の起草に当たって二五条二項が削除されたのは、その反対解釈（を九条二項にからめて拡張解釈すること）から詐欺・強迫の取消原因のあることを知って保証した保証人が主たる債務者による取消にもかかわらずなお義務を負うという解釈の生ずる余地をなくすためであつて、二五条二項本来の意味それ自体はこれを問題とし排除するものではなかった。それは、保証人が「債務ノ成立又ハ其消滅ヨリ生スル抗弁ヲ對抗シ得ルハ当然ノ事」で「言フヲ待タサル所」として二五条一項が削除されたことから裏付けられる。すなわち、保証の部分の起草者である梅博士の著書・講義録のみならず旧民法から現行民法に至る経緯の中からも、四四九条が、保証人が自ら主たる債務の取消を主張してその無効を債権者に対抗する権利——保証人の相対的取消権に相当するもの——を当然の前提としてゐることが帰結される。

しかも、二五条二項は保証固有の性質に基づいて規定されていたものであつて、現行一二〇条の元となつた人事編七二条二項・財産編三一九条⁽¹⁷⁾のような「取消（削除）」権者に関する一般規定によるものではない。したがつて、現行民法の解釈においても一二〇条なくして四四九条のみをもつて保証人の相対的取消権を根拠づけられることが帰結される。

(c) では、四四九条の解釈として保証人の取消権が認められたとしても、その取消権は保証の際に取消原因について善意の場合に限られるか。「取消」原因について善意の保証人に限っていた二五条二項が（理由はともあれ）削除されたこと、条文の文言上は保証人の善意悪意を区別しない二五条一項も削除されたがこれは特に規定を置くまでもない当然のこととされていたことから、現行四四九条の前提とする取消権については保証人の善意悪意を問わないでこれを認める余地も生ずる。しかし、法典調査会における梅博士の説明からは二五条二項をこの点におい

て積極的に変更しようとする意図はうかがえず、二で検討した梅博士の注釈書・講義案も善意の場合に限っていた。そこで、旧民法のもととなったボアソナード草案とフランス民法を簡単に比較検討して、さらにこの問題の手がかりを得ることにする。

- (1) 「第六十八回法典調査会議事速記録」法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書3・法典調査会民法議事速記録三(昭和五九年)三九五頁。同叢書は以下「立法資料叢書」と略して引用する。
- (2) 梅謙次郎・民法債権担保論(明治二十六年)一七〇〜一七一頁、宮城浩蔵・民法正義債権担保編 第一卷(明治二十六年)一三八頁。
- (3) 梅・同右四七頁、宮城・同右一三九頁。
- (4) 本野一郎・日本民法義解第九冊(明治二十五年)六四頁、梅・前出注(2)一七一頁。
- (5) 本野・同右六三〜六四頁は、この原則を述べた上で、九条は無能力「取消」についてこれを適用したものだとする。梅・前出注(2)五〇頁は、詐欺・強暴について「取消」されない限り契約は有効だとする。
- (6) ボアソナード・森順正・民法弁疑(明治二十五年)二二三頁は、この点で「銷除」・「廃罷」・「解除」は共通するという。ここでも、「銷除」と「取消」は必ずしも区別されないで使われている(二二五〜二二六頁)。
- (7) 法典調査会・前出注(1)速記録三九四〜三九五頁。
- (8) 同右三九五〜三九六頁。
- (9) 同右三九六頁。
- (10) 同右三九七頁。なお、詐欺・「強暴」を知って保証した場合も、主たる債務者が追認した「其時二債務者が若シ履行セヌト云フトキハ保証人が代ツテ履行スルト申セバ不法ノコトモナイ」からそれはできるとする(同頁)。つまり、詐欺強暴を知りながら保証すること自体が「不法」にして「無効」であるとするのではなく、その場合に主たる債務が主たる債務者によって取り消されても保証人がなお独立の債務を負担して義務を負うことに限って問題とするに過ぎない。
- (11) 同右三九七〜四〇二頁。
- (12) 「第十回民法整理会議事速記録」立法資料叢書14・法典調査会民法整理会議事速記録(昭和六三年)二五一頁。
- (13) 民法修正案理由書三七二〜三七三頁(広中俊雄編・民法修正案(前三編)の理由書(昭和六二年)所収、四三二〜四三三頁)。
- (14) 同右三七六頁。
- (15) 広中俊雄編・第九回帝国議会の民法審議(昭和六一年)二五九頁、三三九頁。
- (16) 福島正夫編・明治民法の成立と穂積文書(昭和三十一年)五二〜五四頁は、冒頭の説明者が必ずしも起草を担当したとは限らないとしながらも、保証についてはすべて梅博士が起草を担当したとする。

(17) 「第四回法典調査会議事速記録」立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一（昭和五八年）一八〇頁は、現行二二〇条に相当する二二二条の参照条文としてこれを挙げる。

2 保証人の善意の要件をめぐる——ボアソナード草案とフランス民法の相違

(イ) ボアソナード草案とフランス民法

旧民法債権担保編九条は、ボアソナード草案一〇〇九条一項・二項を訳したものに相当し、フランス民法二〇一二条に遡ることができ(3)。また旧民法債権担保編二五条も、草案一〇二五条を訳したものに多少の修正を加えたものであり、フランス民法二〇三六条に遡ることができる(6)。

まず、ボアソナード草案を見ることにする(7)。

一〇〇九条 総テ有効ナル義務ハ保証サラルコトヲ得

無能力者ノ取消スコトヲ得ヘキ義務ト雖モ亦有効ニ保証セラルコトヲ得テ其義務力裁判上ニテ取消サレタル後ト雖モ保証ハ其効力ヲ保存ス但保証人カ其保証ノ際債務者ノ無能力ヲ知リタルトキニ限ル

一〇二五条 保証人カ基本ニ付テ答弁スルトキハ債権者ニ主タル債務ノ組成又ハ其消滅ヨリ生シタル抗弁又ハ不受理ノ理由ヲ對抗スルコトヲ得

保証人カ債務ヲ保証スルニ当リ債務者ノ無能力又ハ其承諾ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ保証人ハ亦是等ノ事項ヨリ生スル無効方法ヲ對抗スルコトヲ得

次に、フランス民法の条文をみることにする(8)。

二〇一二条 保証は、有効な債務についてでなければ、成立することができない。

ただし、債務が債務者にとって純粋に個人的な抗弁によって無効とされることがある場合であっても、債務を（有効に）保証することができる。たとえば、未成年の場合である。

二〇三六条 保証人は、主たる債務者に属し、かつ、負債に固有のすべての抗弁を債権者に申し立てることができる。
ただし、保証人は、債務者にとって純粹に個人的な抗弁を申し立てることができない。

(四) ボアソナードの起草理由

ボアソナードは、草案一〇二五条とフランス民法二〇三六条との相違についてこう説明する。草案は、保証人が主たる債務者に属するすべての抗弁を以て債権者に対抗する権利を認め、とりわけ、無能力と承諾の瑕疵のような主たる債務者に属する個人的な抗弁についても対抗する権利を認める。しかるに、フランス民法二〇三六条は、これを排除するかのよう「純粹に個人的な抗弁」は対抗できないとし、「負債に固有の抗弁」のみを認めている。しかし、保証人が主たる債務者の個人的な無効の原因を知らずに保証した場合も、これを債権者に対抗できないとするのは不当もしくは煩雑な結果となる。すなわち、善意の保証人が債権者からの請求に対し弁済に応ずるも、(主たる債務者が主たる債務の無効を援用すること) 主たる債務者に求償ができないのは不当であり、求償が認められたとしても、今度は主たる債務者が債権者に対して(償還を求めるために) 無効訴権を行使することになるのは煩雑である。それは、フランス民法の趣旨に反する。そこで、フランス民法(二〇三六条二項・二〇一二条二項)は保証人が債務者の個人的な事情による無効原因を知って保証した場合を暗黙の前提としてしていると解するならば、反対解釈によつて本草案と同一になり、正当化することも容易である。⁽¹⁰⁾

ボアソナードは右のようなフランス民法の解釈に基づいて草案を起草した。もつとも、この解釈は彼独自のものであり、3で後述するように、通説的見解は、未成年を含む無能力のみを「純粹に個人的な抗弁」と解し、合意の瑕疵は「負債に固有の抗弁」であるとして善意悪意を区別することなく保証人による抗弁の主張を認めていた。

(イ) 小括・評価

すなわち、フランス民法二〇三六条が草案一〇二五条に旧民法債権担保編二五条に継受されるにあたって、保証

人が「相對無効」⁽¹¹⁾「銷除」⁽¹²⁾「取消」の原因について保証の際に善意の場合に限られるとする要件が加わり、かつ、それは主たる債務者の承諾の瑕疵に限らず無能力の場合も含まれるとされ、それに伴って、フランス民法二〇一二条二項についても悪意の要件を加えた形で草案一〇〇九条二項¹¹旧民法債権担保編九条二項に継受されたと言うことができる。

旧民法債権担保編二五条は1で述べた事情から、条文本来の意味が否定されたわけではないが、これを削除する形で四四九条が起草された。これによつて、四四九条が前提とする取消権について、フランス民法同様、善意悪意を区別せずにこれを認める余地も生じうることは1で述べたところである。しかしその一方で、同九条二項については保証人の悪意の要件（それは右に述べたように同二五条二項が保証人の善意を要件としたことの裏返しである）を維持するかたちで四四九条が起草されたことから、四四九条が前提とする取消権についても同様に、保証人の善意の要件が維持されたものと解することができよう。四四九条の起草過程においても、この点を積極的に変更する意図は見出せないこと、起草者である梅博士の注釈書等も、四四九条は、保証の際に善意であった保証人に取消権があることを当然の前提としながら、取消原因あることについて悪意であるために主たる債務者しか取消権を行使しない場合について、取消後も例外的に保証人の義務が存続しうることを規定したものだとしていたこと、は既に述べた通りであり、以上の考察と符合する。

もつとも、以上の検討から、保証人の取消権については保証の際に善意の場合に限られることが帰結されるとしても、暫定的な抗弁権については悪意の場合にも認める余地もありうることは後述する。

(1) Boissonade (G.-E.), *Projet de code civil pour l'empire du japon*, t. 4, 1889, p. 13. 以下、*Projet* として引用。

(2) 法律取調委員会は、自然債務に関する第三項を最終的に削除したが、一項・二項については訳文の字句を修正したにとどまる（「民法草案債権担保編第六十九回議事筆記」立法叢書9・法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記（昭和六二年）四四五～四四六頁、「民法草案債権担保編調査案第二十五回議事筆記」立法叢書11・法律取調委員会民法草案財産取得編再調査案議事筆記（昭和六三年）二七五頁）。

(3) Projet, t. 4, p. 13.

(4) Projet, t. 4, p. 37.

(5) 当初第一項が「不受理ノ理由」をも対抗しうるとしていたのを再調査案で削除したほかは、訳文の字句を修正したにとどまる（民法草案債権担保編第七十一回議事筆記）立法叢書9・法律取調委員会民法草案財産編取得編議事筆記（昭和六二年）四六三〜四六四頁、「民法草案債権担保編再調査案第二十五回議事筆記」前出注（2）二八三頁。

(6) Projet, t. 4, p. 37.

(7) いずれも、注（2）の示す法律取調委員会に最初に提出されたものによる。

(8) 以下、訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典——物権・債権関係——（昭和五七年）による。

(9) フランス民法における無効は、「絶対無効 (nullité absolue)」と「相対無効 (nullité relative)」の二種類に分かれ、前者は公序良俗違反などを原因とし、後者は合意の瑕疵（錯誤・詐欺・強迫）・当事者無能力・過剰損害 (lésion) などを原因とする（山口俊夫・フランス債権法（昭和六一年）五五頁）。伝統的な説明によれば、前者は、裁判所による宣言を待つまでもなく無効であり (Planiol (M.) et Ripert (G.), Traité pratique de droit civil français, t. 6, 2^e éd. par Esmein (P.), 1952, n° 287) 判事は無効を確認するに過ぎない (Weil (A.) et Terré (F.), Droit civil, Les obligations, 4^e éd., 1986, n° 301; もつとも、このような伝統的な説明には疑問を示している)。後者は、当然に無効とされるのではなく、特定の者による訴権あるいは抗弁権としての行使を必要とし（山口・前掲書五八〜五九頁、五五〜五六頁）、判決が下されない限り有効である (Planiol et Ripert, op. cit., n° 282)。前者は追認をなしえないが、後者は追認によつて確定的に有効になりうる（山口・前掲書五五〜五六頁）。したがつて、主たる債務が絶対無効の場合は一項によつて有効に保証をなしえない (Planiol et Ripert, op. cit., t. II, 2^e éd. par Savatier (R.), 1954, n° 1518) が、相対無効の原因を有する場合は、追認された場合はもちろんのこと、無効とされるまでは有効に保証をなし得ることになる。

なお、1 (i) (b) に示した旧民法の「削除」「取消」は、フランス民法の「相対無効」にほぼ対応することになる。

(10) Projet, t. 4, n°s 65-66. ボアソナードの説明を敷衍して述べる梅謙次郎・民法債権担保論（明治二六年）一七〇頁を参考にして、意味を補充した。

(11) 注（9）を参照。

(12) 1 (i) (b) を参照。

3 追認との関係をめぐつて——旧民法・ボアソナード草案・フランス民法

1 では、現行四四九条の元となった旧民法債権担保編二五条二項が保証人の相対的「取消」権に相当する抗弁権を規定していたことから、現行民法においても四四九条のみを根拠とし一二〇条によることなく保証人の取消権が

認められることを論証した。2では、フランス民法とボアソナード草案との相違、現行四四九条に至るその後の経緯から、保証の際に取消原因について善意の場合に限られるべきことを示した。3では次の問題として、四四九条に基づく保証人の相対的取消権が主たる債務者の追認といかなる関係にあるかを明らかにしなければならない。そこで以下、現行四四九条の元となった旧民法債権担保編二五条二項の抗弁権が主たる債務者による「認諾」——現行民法における追認に相当する⁽¹⁾——といかなる関係にあったか、さらにその元となったボアソナード草案・フランス民法においてはどうかであったか、を検討の対象とする。

(イ) 旧民法

(a) 旧民法の注釈書でこの点を論ずるものを挙げる。

(i) ある注釈書は、主たる債務者が自己の無能力または承諾の瑕疵を原因とする「取消」の権利を放棄したとき（つまり「認諾」したとき）保証人はその害を受けて抗弁の理由とすることができなくなるかどうかについて、こう述べる。この場合、主たる債務者の権利の放棄は自己の損失に帰するので無益な放棄をすることはないかもしれない。しかし、自分は無資力であるがせめて保証人に弁済させようとして主たる債務者がその権利を放棄することはない。この場合、保証人がその抗弁を用いることができないとするのは不幸であるが、その抗弁が主たる債務者に由来するならばその放棄の結果として保証人が害されるのもやむをえないようにも見える。しかし、そもそもこの抗弁は「保証ノ性質上保証人固有ノ権利ニシテ債務者ノ権利ヲ利用スルニアラス即チ債務者ヲ保証スルト同時ニ此抗弁ノ権利カ保証人ニ向テ発生スルモノ」である。「故ニ債務者ノ所為ニヨリテ此固有ノ権利ヲ消滅セシムヘキニアラサル」以上、主たる債務者による「取消」権の放棄は保証人を害することができない⁽²⁾。

(ii) 梅博士はやや別の角度からこう述べる。ひとたび、保証人が主たる債務の承諾の瑕疵を債権者に対抗することとできるものとした以上は、旧民法財産編五五七条を適用しなければならない。同条は「認諾ハ銷除訴権ヲ有ス

ル者ノ特定ノ承継人ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス」としているので、「主タル債務者其義務ヲ認諾スルモ認諾ハ保証人ニ対シテ効ナク保証人ハ常ニ取消ノ原因ヲ援用スルコト」ができる。これは、ボアソナード草案の明言するところである。⁽³⁾

(b) 前者は、債権担保編二五条二項に規定する保証人の抗弁権を保証人の固有の権利にして主たる債務者の行為によつて影響を受けるべきでないものと解することによつて、後者は、保証人を特定承継人と解し財産編五七条を適用することによつて、いずれも、主たる債務者による「認諾」にかかわらず保証人は主たる債務の「取消（銷除）」による無効の抗弁を主張しうるとする。では、梅博士がもとにしたというボアソナードの見解はいかなるものか、以下これを明らかにする。

(ロ) アソナード草案注釈

(a) 2で述べたように、旧民法債権担保編二五条は、草案一〇二五条を訳したものに多少の修正を加えたものであった。ボアソナードは一〇二五条の注釈においてこう述べた。

保証人の抗弁権はここでは主たる債務者から由来するとしても、主たる債務者が保証人に損害を与えるかたちでこれを減縮したり放棄することができるといふことにはならない。確かに、法的にはまず第一に主たる債務者本人が損失を被ることになるのでその濫用が抑えられるかもしれない。しかし、実際は、資力の少ない債務者ほど債権者に寛大になりうるもので、その結果債務者自身よりむしろ保証人のほうに累が及ぶことになる。決定的な理由としては、いったん債務者が得た抗弁は同時に保証人にも属し、これを保証人から奪うことができないからである。しかも、この観点からみれば、保証人は償還の不確実な債権者ゆえに特定承継人 (ayant-cause particulier) として、包括承継人 (ayant-cause généraux) である他の債権者のように債務者の行為によつて損害を被ることはないのである。⁽⁴⁾

右の説明の前提には、草案三五八条（旧民法では財産編三三八条）の注釈に示した理解があるようである。ボアソナードは、相続人・包括受遺者・包括受贈者などの包括承継人は前主の行為を有利不利を問わず承継する（一般債権者も原則として債権発生後の債務者の行為によって影響を受けるからか包括承継人に含めている）のに対し、買主・交換者・受贈者などの特定承継人は合意の時点における前主の地位を承継するので、前主の過去の行為については承継人であっても、その後の行為については第三者であって、有利不利の影響を受けるものではない、とする。⁽⁵⁾

(b) 梅博士の理解のように、保証人が特定承継人であることを大前提とし、これに財産編五五七条のもとになった草案五八〇条を適用することによって結論を導くものではない、ことに注意しなければならない。ボアソナードは、旧民法の他方の注釈書がこれによったように、抗弁権が主たる債務者に由来するとしても、ひとたび保証人に属した以上はその後の主たる債務者の行為によって奪われるべきではないことを主な理由としている。そして、債務者のその後の行為によって損害を被りうる包括承継人としての他の債権者とは異なり、保証人が特定承継人のようにその後の債務者の行為によって害されない扱いがなされているのは、（保証を必要とする資力の乏しい主たる債務者に求償する点で）「償還の不確実な債権者」ゆえであるとして、別の角度からこれを裏づけているにとどまる。

では、ボアソナードの見解はフランスにおいてはいかなる位置づけが与えられるか。次にこれを明らかにする。

(i) フランス民法

(a) ボアソナード草案一〇二五条とそれに対応するフランス民法二〇三六条については、すでに2で比較検討を行っているのでも繰り返さない。ここでは、まず、「認諾」（現行民法では「追認」に相当）に関する旧民法財産編五五七条の元となった草案五八〇条と、これに対応するフランス民法一三三八条三項但書を比較しておく。⁽⁶⁾

(i) フランス民法は、追認は「第三者」の権利を害することができない、とする。これを草案においては、「特定承継人」の権利を害することができないと変えた理由を、ボアソナードはこう説明する。法が「第三者」と呼ぶものは、実際は「承継人」であることが多く、草案はそれを明確に示した。たとえば、未成年者がある動産を後見人の同意なく譲渡した。未成年者は「取消」訴権を有する。その後、未成年者が成年になってからであれ、未成年者であるが後見人の同意を得てであれ、おなじ動産を譲渡した。第二の譲渡は、第一の譲渡が「取消」しうるものである限りにおいてしか意味を有しない。新買主は、いわば「取消」訴権の譲受人である。最後に、成年あるいは正式に代理された未成年が第一の譲渡を追認し、あるいは追認しようとしても、少なくとも第二の譲渡を害する限りにおいてはそれをなしえない。⁽⁷⁾

(ii) ボアソナードのように一三三八条三項但書の「第三者」を「特定承継人」と解する説は、フランスにおいて有力のようである。多くの学説が、この解釈を明言するか、⁽⁸⁾ そうしないまでもボアソナードと同様の例を挙げて「第三者」を説明している。⁽⁹⁾

なお、旧民法財産編五五七条も、前述のように草案同様「認諾ハ銷除訴権ヲ有スル者ノ『特定ノ承継人』ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス」としていたが、現行民法一二二条但書においては、「当事者及ヒ之ト同一人ト看做スヘキ者ヲ除ク外皆之ヲ第三者ト称スル」⁽¹⁰⁾ 方針によって再び「第三者」に改められた。

以上のことを前提としながら、フランスにおける保証人の抗弁権と主たる債務者による追認の関係を明らかにする。

(b) ボアソナード草案の前後の時期の学説は、一致して、保証人の抗弁権は主たる債務者による追認によって影響を受けないとする。

(i) トロロンは、こう述べる。保証人は主たる債務者の意にかかわらず、主たる債務に由来する抗弁を對抗しう

る。この抗弁は、主たる債務者と同様に保証人に属するものであって、主たる債務者は、保証人からこれを奪う自由を有さない。主たる債務者が保証成立後に主たる債務を追認したとしても、保証人を害することはできず、保証人の権利を奪うことはできない。これはローマ法からの明白な帰結であり、また、一三三八条の趣旨に含まれるものである。⁽¹¹⁾

トロロン自身も、必ずしも一三三八条を積極的な根拠とするものではない。その後の学説も、一三三八条とは別の根拠をもつて追認に影響されないと説明する。

(ii) オーブリー・ローは、こう述べる。保証人は、自分自身に属する抗弁のみならず、主たる債務者に属する抗弁についても無能力を除くあらゆるものを主張できる。主たる債務者の承諾の瑕疵に基づく無効についても債権者に対抗しうる。保証人は、自己の名において抗弁権を行使するものであって、主たる債務者に代わって行使するものではない。⁽¹²⁾したがって、保証人の抗弁は主たる債務者による追認によって妨げられるものではない。

(iii) ローランはこう述べる。二〇三六条の保証人の抗弁権は、保証人が自己の名において行使するものであって、主たる債務者の権利を行使するものではない。保証人が主たる債務者に代わってその抗弁権を行使するに過ぎないものだとなれば、主たる債務者の追認によってその権利を失う。しかし、保証人が自己の名において権利を行使するものである以上、追認によって奪われるものではない。⁽¹³⁾ベルギーの破産院は、主たる債務者による追認は保証人の無効を対抗する権利を奪うものでないと判示したが、一三三八条ではなく二〇三六条を引用する。主たる債務者は自分に関する限りで抗弁を放棄することはできるとしても、保証人の（二〇三六条の）権利は放棄することはできない。保証人は、あくまで保証債務の無効を対抗する権利を有することになる。もともと、二〇一二条は未成年者の債務の保証をなすことができるとするので、これを理由とする抗弁はできない。この問題は、保証の法理によって解決される。一三三八条は、同じものを同じ人によって譲渡された二つの権利の問題であって、取得

された権利はそれを譲渡した者によって奪われまいという法理によるものである。⁽¹⁴⁾

一三三八条についてボアソナードと同様の理解をしていることが指摘できよう。

(iv) ボードウリー・ラカンティヌリー・ヴァールは、保証人は主たる債務者の承諾の瑕疵（無能力は挙げられていない）に基づく相対無効の抗弁を債権者に対抗しうるが、オーブリー・ローと同じ理由から、主たる債務者による追認は保証人に対抗できないとする。そして、それはローマ法において既にそうになっていたとする。⁽¹⁵⁾

(v) その他、ギユアルとユックは、保証人は「承継人」ではなくむしろ「第三者」であるが、法律によって保証人に固有の抗弁権が与えられ、それは主たる債務者の追認に妨げられることがない、とする。⁽¹⁶⁾

(vi) その後の学説には、保証の附従性を理由に⁽¹⁷⁾（これを理由とする学説も、一三三八条の「第三者」を「特定承継人」と解することを前提としつつ保証人の置かれた状況との類似性から同条の類推適用の可能性を示す点でやや躊躇がみられる）、⁽¹⁸⁾あるいは特に理由を附すことなく、主たる債務が追認された後は相対無効の抗弁を主張しえないとするものもある。⁽¹⁹⁾しかし他方、保証人の抗弁権は固有の権利であって主たる債務者による追認に妨げられることなく行使しうるとして伝統的通説に従う学説も根強い（こちらは自説を補強するものとして、一三三八条の「第三者」は「特定承継人」であって直ちに保証人に適用が及ぶものではないが、その基礎とするところは類似している、と指摘する）。⁽²¹⁾

なお、これら近時の学説も、二〇一二条二項から未成年に限らず（条文上、未成年はあくまで例示である）無能力一般について二〇三六条二項のいう「純粹に個人的な抗弁」としてこれを対抗することはできないとする。主たる債務の承諾の瑕疵についてはこれに該当せず、二〇三六条一項の「負債に固有の抗弁」として債権者に対抗しうるとする。⁽²²⁾

(二) 小括・評価

(a) フランス民法二〇三六条は、主たる債務の相対無効に基づく抗弁を債権者に対抗することを保証人に認めるものである。ローマ法⁽²³⁾以来、主たる債務者による追認にかかわらずこれを主張しうるとされ、ボアソナード草案起草の前後における圧倒的通説を形成し、今日においても根強く支持されている。同条を継受したボアソナード草案一〇二五条についてもこれに従った注釈が書かれた。旧民法債権担保編二五条における「取消」の抗弁権についても同様に解され、四四九条の前提とする保証人の取消権について主たる債務者による追認に害されることなく独立してこれを主張しうるとする梅博士の見解につながった。

確かに、近時のフランスにおいて、保証の附従性を理由として伝統的通説を否定する説もある。しかし、フランスにおいても附従性 (*caractère accessoire*) は、保証がその性質上、主たる債務の存在する限りにおいて、そして主たる債務の範囲においてこれを担保するものであること、⁽²⁴⁾あるいは、主たる債務の範囲を越えるものでも主たる債務の消滅後に存続するものでもないことと定義され、⁽²⁵⁾あらゆる意味で主たる債務者以上の義務を負わないという保証の限界を画する機能を果たすものとされる。⁽²⁶⁾すなわち、主たる債務が無効になれば保証債務も無効になるという点においては前者の運命に「従う」ことを意味しても、主たる債務が追認によって有効になった場合、保証債務もその運命に「従う」べきことまでは意味するものではない。その点で附従性を根拠に伝統的通説を否定することは疑問と言えよう。

フランスの伝統的通説は、保証人の抗弁権は法律によって与えられた固有の権利であるとする。保証人の名において行使されるものであって、主たる債務者の権利を代わって行使するものではない以上、主たる債務者による追認の影響は受けないとする。これとは別に、追認は「第三者」の権利を害しえないとするフランス民法一三三八条三項但書が保証人に適用されるかどうか問題になりうる。しかし、この規定については、①物が二重に譲渡され

た場合、第一の譲渡について売主が相対無効訴権を有していたにもかかわらず、第二の譲渡の後にこれを追認するも、言わば相対無効訴権についても譲受人である第二の買主を害することができないとしたものであり、②したがって、「第三者」は「特定承継人」である、と解するのが有力であつて、保証人はこれに該当しないとされる。もつとも、本来有していた相対無効を主張する権利がその後の他人の行為によつては奪われえないとされる点で、保証人がこの場合の特定承継人と類似性を有することは指摘されている。

ボアソナードも一三三八条三項但書について右の理解をしたうえで、同条に相当する草案五八〇条において「第三者」を「特定承継人」に改めて起草している。しかし、追認との関係で保証人を特定承継人とする説明を行うも、草案五八〇条を特に引用せず別の角度から論ずる。保証人が「償還の不確実な債権者」であることから、詐害行為を構成しない限り追認を對抗される他の一般債権者⁽²⁷⁾（ボアソナードは債務者の行為によつて不利益を受ける点で包括承継人を含めている——債務者の全財産を包括担保とすることからかつては包括承継人と解されていたが、今日のフランスでは区別されている⁽²⁸⁾）とは異なり追認を對抗されず不利益を受けないという特別な扱いがなされる（特定承継人は合意後については第三者でありその後の前主の行為によつて不利益を受けないとするボアソナードの見解に照らせば保証人は特定承継人に相当することになる）とするボアソナードの説明は興味深い。もつとも、この説明はあくまで従として補強するものとどまり、ボアソナードもフランスの伝統的通説と同様の説明を主にしている。

梅博士が保証人を特定承継人であると解したのはボアソナードに由来するにしても、ボアソナード自身は、保証人の抗弁権の根拠として用いなかったことはもちろん、それが追認（旧民法では「認諾」）によつて影響を受けない根拠としても積極的には用いなかった。しかるに、梅博士は、旧民法において、前者については同様であつたが、後者については保証人が財産編五五七条の「削除権ヲ有スル者ノ特定ノ承継人」に該当することを積極的に主張し

た。「削除権ヲ有スル者ノ特定ノ承継人」は、現行民法では「第三者」に改められて一二二条但書が起草されたため、文言上は特にこれと言う必要はなくなつたとも解せるが、梅博士は保証人が「特定承継人」であるがゆえにこの「第三者」に該当するという説明を続けた⁽²⁹⁾。現行民法においては、旧民法債権担保編二五条が削除されたため、今度は、むしろ一二〇条の明文を保証人の取消権の根拠とする意味が生じたが、取消権の根拠としてもこれと言う必要がないことは1で検討した通りである。梅博士自身もむしろ四四九条を根拠としていたが一二〇条の方が明快であつたため、かえつて不必要な批判を浴びて否定説の台頭を生むこととなつた⁽³⁰⁾。

梅博士の解釈は、その理論構成において、保証人を特定承継人と解することを強調したきらいがある点で問題を含むものであつた。しかし、その結論においては、旧民法・ボアソナード草案とその注釈・フランス民法・ローマ法の沿革を見る限り支持すべきものであることには変わらない。しかも、保証人が特定承継人でないにしても、置かれた状況が結果としてそれに類似していることはボアソナードやフランスの今日の学説の認めるところであり、沿革通り、現行一二二条但書の「第三者」を「特定承継人」と仮に解した場合でも、これを類推適用する余地はあろう。しかし、それはあくまで補強に過ぎず、主たる理由は、保証人の取消権が、沿革上、保証人の固有のものである、主たる債務者に代わつて行使されるものではないとされてきた点に求めるべきであらう。

(b) 保証人の取消権は、保証の際にその取消原因について善意の場合に限られるべきことは、2で論証した。もつとも、フランスでは善意悪意を特に区別しないかわり、主たる債務者の無能力はこれを抗弁とすることはできないとされていた。しかし、ボアソナードは草案起草において、善意の場合に限る解釈をとり、それにとまなつて、主たる債務者の無能力についても保証人が善意の場合はこれを抗弁とすることができるようになった。

前者については、保証人が悪意の場合にまで追認に影響されない抗弁権を認めるのは過剰であり、近時フランスにおいて伝統的通説に反対する学説が生じた一つの背景とも言えよう。ボアソナードが善意の場合に限ったことは

正当であり、2で論じたように現行民法の解釈としてもそれが維持されるべきである。したがって、日本においては、母法フランス以上に伝統的通説を支持しうる条件にあると言えよう。後者については、その結果、保証人が主たる債務者の無能力について善意で保証した場合は、主たる債務の消滅にともなつて保証債務も消滅するという附従性の原則が維持されることになり、その例外が無能力について悪意の場合に限られることとなった。旧民法・現行民法でも明文で維持されている。

では、保証の際に取消原因について悪意の場合、債権者からの請求に対して、取消原因に基づくなんらかの対抗手段を保証人に与える必要は全くないのか。四四九条の「推定」が働く場合は主たる債務の追認・取消にかかわらず義務を負う「独立ノ債務」を負担することになるので問題にならない。「推定」が働かない場合は、保証人が債権者に弁済した後主たる債務が取り消されると、保証債務も求償権も消滅し、債権者に不当利得返還請求をすることになる。その結果、債権者の無資力の危険を負ったとしても、悪意ゆえに当然予想されることとして甘受すべきであるとも言える。しかし、保証人が悪意の場合は、四四九条の「推定」が働く場合を除けば、主たる債務が追認されて有効が確定したならば保証債務の履行義務を負うというのが当事者の合理的な意思であり、一度弁済したあとで不当利得に基づいて返還請求する手続きを踏ませることは煩雑にして不合理と言える。さらに、履行を拒めず弁済に応じた保証人が求償権を行使したあとで主たる債務者が取消権を行使した場合、主たる債務者が債権者に不当利得に基づく返還請求をすることになる点で、ボアソナードが指摘する煩雑³¹さは保証人が善意の場合に限られない問題とも言える。したがって、悪意である以上、主たる債務の追認に左右されない取消権を与えるのは過剰である（その点でボアソナードがフランス民法に従わなかったのは正当である）としても、追認されるか取り消されるかが確定するまでの暫定的な抗弁権を認める限度で母法のフランス民法に従うことは、必ずしもボアソナードの起草意図に反するものではなからう。すなわち、四四九条の沿革に照らして、悪意の保証人にも主たる債務の運命が

決するまでの暫定的な抗弁権を認めることも、不可能とはいえないであろう。

- (1) 例えば、「第四回法典調査会議事速記録」立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一(昭和五八年)二二九頁は、取り消し得べき行為の追認に関する現行一二二条に相当する一二四条について、いずれも「認諾」に関する旧民法財産編三二〇条・五五四条・五五七条を一つにまとめたものだとする。
- (2) 宮城浩蔵・民法正義債権担保編 第一卷(明治二六年)一三九〜一四〇頁。
- (3) 梅謙次郎・民法債権担保論(明治二六年)一七一頁。
- (4) Projet, t. 4, n° 69.
- (5) Projet, t. 2, 2^e éd, 1883, n° 148-149. なお、野沢正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(四)」民商一〇〇巻五号(平成元年)一四二頁以下を参照。
- (6) Projet, t. 2, p. 740.
- (7) Projet, t. 2, n° 694.
- (8) Baudry-Lacantinerie (G.) Précis de droit civil, t. 2, 4^e éd., 1892, n° 1250 ; Josserand (L.), Cours de droit civil positif français, t. 2, 1939, n° 358 ; Ripert (G.) et Boulanger (J.), Traité de droit civil, t. 2, 1957, n° 752 ; Planiol (M.) et Ripert (G.), Traité pratique de droit civil français, t. 6, 2^e éd. par Esmein (P.), 1952, n° 309 ; Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas (F.), Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, 7^e éd. par Chabas (F.), 1985, n° 314 ; Flour (J.) et Aubert (J.-L.), Les obligations, vol. 1, 2^e éd., 1986, n° 348 ; Larroumet (Ch.), Droit civil, t. 3, 1986, n° 562 ; Weill (A.) et Terré (F.), Droit civil, Les obligations, 4^e éd., 1986, n° 313 ; Ghestin (J.) Traité de droit civil, Le contrat : formation, 2^e éd., 1988, n° 832. 後者の②③の註を参照。
- (9) Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français, t. 4, 4^e éd., 1871, § 338, p. 270 ; Starck (B.), Droit civil, Obligations, t. 2, 3^e éd. par Roland (H.) et Boyer (L.), 1989, n° 872. 後者のローンへの註を参照。
なお、未成年者が抵当権を設定した不動産を譲渡した場合を例とするものとして、Colmet de Santerre (E.), Cours analytique de code civil, t. 5, 2^e éd., 1883, n° 311 bis 2 ; Colin (A.) et Capitant (H.), Cours élémentaire de droit civil français, t. 2, 4^e éd., 1924, p. 221.
- (10) 民法修正草案由書一一二頁。
- (11) Troplong (M.), Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, t. 17, 1846, n° 90-90.
- (12) Aubry (C.) et Rau (C.), op. cit., § 426, p. 684.
- (13) Laurent (F.), Principes de droit civil, t. 28, 1877, n° 300.
- (14) Laurent, op. cit., t. 18, 1876, n° 658.
- (15) Baudry-Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du

cautionnement, 1899, n° 954.

- (9) Guillouard (L.V.), *Traité du cautionnement & des transactions*, 1895, n° 162 ; Huc (T.), *Commentaire théorique & pratique du code civil*, t. 12, 1899, n° 247.
- (10) Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil*, t. 3, vol. 1, 1971, n° 545. ㊦㊧㊨㊩㊪㊫㊬㊭㊮㊯㊰㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿㏀㏁㏂㏃㏄㏅㏆㏇㏈㏉㏊㏋㏌㏍㏎㏏㏐㏑㏒㏓㏔㏕㏖㏗㏘㏙㏚㏛㏜㏝㏞㏟㏠㏡㏢㏣㏤㏥㏦㏧㏨㏩㏪㏫㏬㏭㏮㏯㏰㏱㏲㏳㏴㏵㏶㏷㏸㏹㏺㏻㏼㏽㏾㏿㐀㐁㐂㐃㐄㐅㐆㐇㐈㐉㐊㐋㐌㐍㐎㐏㐐㐑㐒㐓㐔㐕㐖㐗㐘㐙㐚㐛㐜㐝㐞㐟㐠㐡㐢㐣㐤㐥㐦㐧㐨㐩㐪㐫㐬㐭㐮㐯㐰㐱㐲㐳㐴㐵㐶㐷㐸㐹㐺㐻㐼㐽㐾㐿㑀㑁㑂㑃㑄㑅㑆㑇㑈㑉㑊㑋㑌㑍㑎㑏㑐㑑㑒㑓㑔㑕㑖㑗㑘㑙㑚㑛㑜㑝㑞㑟㑠㑡㑢㑣㑤㑥㑦㑧㑨㑩㑪㑫㑬㑭㑮㑯㑰㑱㑲㑳㑴㑵㑶㑷㑸㑹㑺㑻㑼㑽㑾㑿㒀㒁㒂㒃㒄㒅㒆㒇㒈㒉㒊㒋㒌㒍㒎㒏㒐㒑㒒㒓㒔㒕㒖㒗㒘㒙㒚㒛㒜㒝㒞㒟㒠㒡㒢㒣㒤㒥㒦㒧㒨㒩㒪㒫㒬㒭㒮㒯㒰㒱㒲㒳㒴㒵㒶㒷㒸㒹㒺㒻㒼㒽㒾㒿㓀㓁㓂㓃㓄㓅㓆㓇㓈㓉㓊㓋㓌㓍㓎㓏㓐㓑㓒㓓㓔㓕㓖㓗㓘㓙㓚㓛㓜㓝㓞㓟㓠㓡㓢㓣㓤㓥㓦㓧㓨㓩㓪㓫㓬㓭㓮㓯㓰㓱㓲㓳㓴㓵㓶㓷㓸㓹㓺㓻㓼㓽㓾㓿㔀㔁㔂㔃㔄㔅㔆㔇㔈㔉㔊㔋㔌㔍㔎㔏㔐㔑㔒㔓㔔㔕㔖㔗㔘㔙㔚㔛㔜㔝㔞㔟㔠㔡㔢㔣㔤㔥㔦㔧㔨㔩㔪㔫㔬㔭㔮㔯㔰㔱㔲㔳㔴㔵㔶㔷㔸㔹㔺㔻㔼㔽㔾㔿㕀㕁㕂㕃㕄㕅㕆㕇㕈㕉㕊㕋㕌㕍㕎㕏㕐㕑㕒㕓㕔㕕㕖㕗㕘㕙㕚㕛㕜㕝㕞㕟㕠㕡㕢㕣㕤㕥㕦㕧㕨㕩㕪㕫㕬㕭㕮㕯㕰㕱㕲㕳㕴㕵㕶㕷㕸㕹㕺㕻㕼㕽㕾㕿㖀㖁㖂㖃㖄㖅㖆㖇㖈㖉㖊㖋㖌㖍㖎㖏㖐㖑㖒㖓㖔㖕㖖㖗㖘㖙㖚㖛㖜㖝㖞㖟㖠㖡㖢㖣㖤㖥㖦㖧㖨㖩㖪㖫㖬㖭㖮㖯㖰㖱㖲㖳㖴㖵㖶㖷㖸㖹㖺㖻㖼㖽㖾㖿㗀㗁㗂㗃㗄㗅㗆㗇㗈㗉㗊㗋㗌㗍㗎㗏㗐㗑㗒㗓㗔㗕㗖㗗㗘㗙㗚㗛㗜㗝㗞㗟㗠㗡㗢㗣㗤㗥㗦㗧㗨㗩㗪㗫㗬㗭㗮㗯㗰㗱㗲㗳㗴㗵㗶㗷㗸㗹㗺㗻㗼㗽㗾㗿㘀㘁㘂㘃㘄㘅㘆㘇㘈㘉㘊㘋㘌㘍㘎㘏㘐㘑㘒㘓㘔㘕㘖㘗㘘㘙㘚㘛㘜㘝㘞㘟㘠㘡㘢㘣㘤㘥㘦㘧㘨㘩㘪㘫㘬㘭㘮㘯㘰㘱㘲㘳㘴㘵㘶㘷㘸㘹㘺㘻㘼㘽㘾㘿㙀㙁㙂㙃㙄㙅㙆㙇㙈㙉㙊㙋㙌㙍㙎㙏㙐㙑㙒㙓㙔㙕㙖㙗㙘㙙㙚㙛㙜㙝㙞㙟㙠㙡㙢㙣㙤㙥㙦㙧㙨㙩㙪㙫㙬㙭㙮㙯㙰㙱㙲㙳㙴㙵㙶㙷㙸㙹㙺㙻㙼㙽㙾㙿㚀㚁㚂㚃㚄㚅㚆㚇㚈㚉㚊㚋㚌㚍㚎㚏㚐㚑㚒㚓㚔㚕㚖㚗㚘㚙㚚㚛㚜㚝㚞㚟㚠㚡㚢㚣㚤㚥㚦㚧㚨㚩㚪㚫㚬㚭㚮㚯㚰㚱㚲㚳㚴㚵㚶㚷㚸㚹㚺㚻㚼㚽㚾㚿㛀㛁㛂㛃㛄㛅㛆㛇㛈㛉㛊㛋㛌㛍㛎㛏㛐㛑㛒㛓㛔㛕㛖㛗㛘㛙㛚㛛㛜㛝㛞㛟㛠㛡㛢㛣㛤㛥㛦㛧㛨㛩㛪㛫㛬㛭㛮㛯㛰㛱㛲㛳㛴㛵㛶㛷㛸㛹㛺㛻㛼㛽㛾㛿㜀㜁㜂㜃㜄㜅㜆㜇㜈㜉㜊㜋㜌㜍㜎㜏㜐㜑㜒㜓㜔㜕㜖㜗㜘㜙㜚㜛㜜㜝㜞㜟㜠㜡㜢㜣㜤㜥㜦㜧㜨㜩㜪㜫㜬㜭㜮㜯㜰㜱㜲㜳㜴㜵㜶㜷㜸㜹㜺㜻㜼㜽㜾㜿㝀㝁㝂㝃㝄㝅㝆㝇㝈㝉㝊㝋㝌㝍㝎㝏㝐㝑㝒㝓㝔㝕㝖㝗㝘㝙㝚㝛㝜㝝㝞㝟㝠㝡㝢㝣㝤㝥㝦㝧㝨㝩㝪㝫㝬㝭㝮㝯㝰㝱㝲㝳㝴㝵㝶㝷㝸㝹㝺㝻㝼㝽㝾㝿㞀㞁㞂㞃㞄㞅㞆㞇㞈㞉㞊㞋㞌㞍㞎㞏㞐㞑㞒㞓㞔㞕㞖㞗㞘㞙㞚㞛㞜㞝㞞㞟㞠㞡㞢㞣㞤㞥㞦㞧㞨㞩㞪㞫㞬㞭㞮㞯㞰㞱㞲㞳㞴㞵㞶㞷㞸㞹㞺㞻㞼㞽㞾㞿㟀㟁㟂㟃㟄㟅㟆㟇㟈㟉㟊㟋㟌㟍㟎㟏㟐㟑㟒㟓㟔㟕㟖㟗㟘㟙㟚㟛㟜㟝㟞㟟㟠㟡㟢㟣㟤㟥㟦㟧㟨㟩㟪㟫㟬㟭㟮㟯㟰㟱㟲㟳㟴㟵㟶㟷㟸㟹㟺㟻㟼㟽㟾㟿㠀㠁㠂㠃㠄㠅㠆㠇㠈㠉㠊㠋㠌㠍㠎㠏㠐㠑㠒㠓㠔㠕㠖㠗㠘㠙㠚㠛㠜㠝㠞㠟㠠㠡㠢㠣㠤㠥㠦㠧㠨㠩㠪㠫㠬㠭㠮㠯㠰㠱㠲㠳㠴㠵㠶㠷㠸㠹㠺㠻㠼㠽㠾㠿㡀㡁㡂㡃㡄㡅㡆㡇㡈㡉㡊㡋㡌㡍㡎㡏㡐㡑㡒㡓㡔㡕㡖㡗㡘㡙㡚㡛㡜㡝㡞㡟㡠㡡㡢㡣㡤㡥㡦㡧㡨㡩㡪㡫㡬㡭㡮㡯㡰㡱㡲㡳㡴㡵㡶㡷㡸㡹㡺㡻㡼㡽㡾㡿㢀㢁㢂㢃㢄㢅㢆㢇㢈㢉㢊㢋㢌㢍㢎㢏㢐㢑㢒㢓㢔㢕㢖㢗㢘㢙㢚㢛㢜㢝㢞㢟㢠㢡㢢㢣㢤㢥㢦㢧㢨㢩㢪㢫㢬㢭㢮㢯㢰㢱㢲㢳㢴㢵㢶㢷㢸㢹㢺㢻㢼㢽㢾㢿㣀㣁㣂㣃㣄㣅㣆㣇㣈㣉㣊㣋㣌㣍㣎㣏㣐㣑㣒㣓㣔㣕㣖㣗㣘㣙㣚㣛㣜㣝㣞㣟㣠㣡㣢㣣㣤㣥㣦㣧㣨㣩㣪㣫㣬㣭㣮㣯㣰㣱㣲㣳㣴㣵㣶㣷㣸㣹㣺㣻㣼㣽㣾㣿㤀㤁㤂㤃㤄㤅㤆㤇㤈㤉㤊㤋㤌㤍㤎㤏㤐㤑㤒㤓㤔㤕㤖㤗㤘㤙㤚㤛㤜㤝㤞㤟㤠㤡㤢㤣㤤㤥㤦㤧㤨㤩㤪㤫㤬㤭㤮㤯㤰㤱㤲㤳㤴㤵㤶㤷㤸㤹㤺㤻㤼㤽㤾㤿㥀㥁㥂㥃㥄㥅㥆㥇㥈㥉㥊㥋㥌㥍㥎㥏㥐㥑㥒㥓㥔㥕㥖㥗㥘㥙㥚㥛㥜㥝㥞㥟㥠㥡㥢㥣㥤㥥㥦㥧㥨㥩㥪㥫㥬㥭㥮㥯㥰㥱㥲㥳㥴㥵㥶㥷㥸㥹㥺㥻㥼㥽㥾㥿㦀㦁㦂㦃㦄㦅㦆㦇㦈㦉㦊㦋㦌㦍㦎㦏㦐㦑㦒㦓㦔㦕㦖㦗㦘㦙㦚㦛㦜㦝㦞㦟㦠㦡㦢㦣㦤㦥㦦㦧㦨㦩㦪㦫㦬㦭㦮㦯㦰㦱㦲㦳㦴㦵㦶㦷㦸㦹㦺㦻㦼㦽㦾㦿㧀㧁㧂㧃㧄㧅㧆㧇㧈㧉㧊㧋㧌㧍㧎㧏㧐㧑㧒㧓㧔㧕㧖㧗㧘㧙㧚㧛㧜㧝㧞㧟㧠㧡㧢㧣㧤㧥㧦㧧㧨㧩㧪㧫㧬㧭㧮㧯㧰㧱㧲㧳㧴㧵㧶㧷㧸㧹㧺㧻㧼㧽㧾㧿㨀㨁㨂㨃㨄㨅㨆㨇㨈㨉㨊㨋㨌㨍㨎㨏㨐㨑㨒㨓㨔㨕㨖㨗㨘㨙㨚㨛㨜㨝㨞㨟㨠㨡㨢㨣㨤㨥㨦㨧㨨㨩㨪㨫㨬㨭㨮㨯㨰㨱㨲㨳㨴㨵㨶㨷㨸㨹㨺㨻㨼㨽㨾㨿㩀㩁㩂㩃㩄㩅㩆㩇㩈㩉㩊㩋㩌㩍㩎㩏㩐㩑㩒㩓㩔㩕㩖㩗㩘㩙㩚㩛㩜㩝㩞㩟㩠㩡㩢㩣㩤㩥㩦㩧㩨㩩㩪㩫㩬㩭㩮㩯㩰㩱㩲㩳㩴㩵㩶㩷㩸㩹㩺㩻㩼㩽㩾㩿㪀㪁㪂㪃㪄㪅㪆㪇㪈㪉㪊㪋㪌㪍㪎㪏㪐㪑㪒㪓㪔㪕㪖㪗㪘㪙㪚㪛㪜㪝㪞㪟㪠㪡㪢㪣㪤㪥㪦㪧㪨㪩㪪㪫㪬㪭㪮㪯㪰㪱㪲㪳㪴㪵㪶㪷㪸㪹㪺㪻㪼㪽㪾㪿㫀㫁㫂㫃㫄㫅㫆㫇㫈㫉㫊㫋㫌㫍㫎㫏㫐㫑㫒㫓㫔㫕㫖㫗㫘㫙㫚㫛㫜㫝㫞㫟㫠㫡㫢㫣㫤㫥㫦㫧㫨㫩㫪㫫㫬㫭㫮㫯㫰㫱㫲㫳㫴㫵㫶㫷㫸㫹㫺㫻㫼㫽㫾㫿㬀㬁㬂㬃㬄㬅㬆㬇㬈㬉㬊㬋㬌㬍㬎㬏㬐㬑㬒㬓㬔㬕㬖㬗㬘㬙㬚㬛㬜㬝㬞㬟㬠㬡㬢㬣㬤㬥㬦㬧㬨㬩㬪㬫㬬㬭㬮㬯㬰㬱㬲㬳㬴㬵㬶㬷㬸㬹㬺㬻㬼㬽㬾㬿㭀㭁㭂㭃㭄㭅㭆㭇㭈㭉㭊㭋㭌㭍㭎㭏㭐㭑㭒㭓㭔㭕㭖㭗㭘㭙㭚㭛㭜㭝㭞㭟㭠㭡㭢㭣㭤㭥㭦㭧㭨㭩㭪㭫㭬㭭㭮㭯㭰㭱㭲㭳㭴㭵㭶㭷㭸㭹㭺㭻㭼㭽㭾㭿㮀㮁㮂㮃㮄㮅㮆㮇㮈㮉㮊㮋㮌㮍㮎㮏㮐㮑㮒㮓㮔㮕㮖㮗㮘㮙㮚㮛㮜㮝㮞㮟㮠㮡㮢㮣㮤㮥㮦㮧㮨㮩㮪㮫㮬㮭㮮㮯㮰㮱㮲㮳㮴㮵㮶㮷㮸㮹㮺㮻㮼㮽㮾㮿㯀㯁㯂㯃㯄㯅㯆㯇㯈㯉㯊㯋㯌㯍㯎㯏㯐㯑㯒㯓㯔㯕㯖㯗㯘㯙㯚㯛㯜㯝㯞㯟㯠㯡㯢㯣㯤㯥㯦㯧㯨㯩㯪㯫㯬㯭㯮㯯㯰㯱㯲㯳㯴㯵㯶㯷㯸㯹㯺㯻㯼㯽㯾㯿㰀㰁㰂㰃㰄㰅㰆㰇㰈㰉㰊㰋㰌㰍㰎㰏㰐㰑㰒㰓㰔㰕㰖㰗㰘㰙㰚㰛㰜㰝㰞㰟㰠㰡㰢㰣㰤㰥㰦㰧㰨㰩㰪㰫㰬㰭㰮㰯㰰㰱㰲㰳㰴㰵㰶㰷㰸㰹㰺㰻㰼㰽㰾㰿㱀㱁㱂㱃㱄㱅㱆㱇㱈㱉㱊㱋㱌㱍㱎㱏㱐㱑㱒㱓㱔㱕㱖㱗㱘㱙㱚㱛㱜㱝㱞㱟㱠㱡㱢㱣㱤㱥㱦㱧㱨㱩㱪㱫㱬㱭㱮㱯㱰㱱㱲㱳㱴㱵㱶㱷㱸㱹㱺㱻㱼㱽㱾㱿㲀㲁㲂㲃㲄㲅㲆㲇㲈㲉㲊㲋㲌㲍㲎㲏㲐㲑㲒㲓㲔㲕㲖㲗㲘㲙㲚㲛㲜㲝㲞㲟㲠㲡㲢㲣㲤㲥㲦㲧㲨㲩㲪㲫㲬㲭㲮㲯㲰㲱㲲㲳㲴㲵㲶㲷㲸㲹㲺㲻㲼㲽㲾㲿㳀㳁㳂㳃㳄㳅㳆㳇㳈㳉㳊㳋㳌㳍㳎㳏㳐㳑㳒㳓㳔㳕㳖㳗㳘㳙㳚㳛㳜㳝㳞㳟㳠㳡㳢㳣㳤㳥㳦㳧㳨㳩㳪㳫㳬㳭㳮㳯㳰㳱㳲㳳㳴㳵㳶㳷㳸㳹㳺㳻㳼㳽㳾㳿㴀㴁㴂㴃㴄㴅㴆㴇㴈㴉㴊㴋㴌㴍㴎㴏㴐㴑㴒㴓㴔㴕㴖㴗㴘㴙㴚㴛㴜㴝㴞㴟㴠㴡㴢㴣㴤㴥㴦㴧㴨㴩㴪㴫㴬㴭㴮㴯㴰㴱㴲㴳㴴㴵㴶㴷㴸㴹㴺㴻㴼㴽㴾㴿㵀㵁㵂㵃㵄㵅㵆㵇㵈㵉㵊㵋㵌㵍㵎㵏㵐㵑㵒㵓㵔㵕㵖㵗㵘㵙㵚㵛㵜㵝㵞㵟㵠㵡㵢㵣㵤㵥㵦㵧㵨㵩㵪㵫㵬㵭㵮㵯㵰㵱㵲㵳㵴㵵㵶㵷㵸㵹㵺㵻㵼㵽㵾㵿㶀㶁㶂㶃㶄㶅㶆㶇㶈㶉㶊㶋㶌㶍㶎㶏㶐㶑㶒㶓㶔㶕㶖㶗㶘㶙㶚㶛㶜㶝㶞㶟㶠㶡㶢㶣㶤㶥㶦㶧㶨㶩㶪㶫㶬㶭㶮㶯㶰㶱㶲㶳㶴㶵㶶㶷㶸㶹㶺㶻㶼㶽㶾㶿㷀㷁㷂㷃㷄㷅㷆㷇㷈㷉㷊㷋㷌㷍㷎㷏㷐㷑㷒㷓㷔㷕㷖㷗㷘㷙㷚㷛㷜㷝㷞㷟㷠㷡㷢㷣㷤㷥㷦㷧㷨㷩㷪㷫㷬㷭㷮㷯㷰㷱㷲㷳㷴㷵㷶㷷㷸㷹㷺㷻㷼㷽㷾㷿㸀㸁㸂㸃㸄㸅㸆㸇㸈㸉㸊㸋㸌㸍㸎㸏㸐㸑㸒㸓㸔㸕㸖㸗㸘㸙㸚㸛㸜㸝㸞㸟㸠㸡㸢㸣㸤㸥㸦㸧㸨㸩㸪㸫㸬㸭㸮㸯㸰㸱㸲㸳㸴㸵㸶㸷㸸㸹㸺㸻㸼㸽㸾㸿㹀㹁㹂㹃㹄㹅㹆㹇㹈㹉㹊㹋㹌㹍㹎㹏㹐㹑㹒㹓㹔㹕㹖㹗㹘㹙㹚㹛㹜㹝㹞㹟㹠㹡㹢㹣㹤㹥㹦㹧㹨㹩㹪㹫㹬㹭㹮㹯㹰㹱㹲㹳㹴㹵㹶㹷㹸㹹㹺㹻㹼㹽㹾㹿㺀㺁㺂㺃㺄㺅㺆㺇㺈㺉㺊㺋㺌㺍㺎㺏㺐㺑㺒㺓㺔㺕㺖㺗㺘㺙㺚㺛㺜㺝㺞㺟㺠㺡㺢㺣㺤㺥㺦㺧㺨㺩㺪㺫㺬㺭㺮㺯㺰㺱㺲㺳㺴㺵㺶㺷㺸㺹㺺㺻㺼㺽㺾㺿㻀㻁㻂㻃㻄㻅㻆㻇㻈㻉㻊㻋㻌㻍㻎㻏㻐㻑㻒㻓㻔㻕㻖㻗㻘㻙㻚㻛㻜㻝㻞㻟㻠㻡㻢㻣㻤㻥㻦㻧㻨㻩㻪㻫㻬㻭㻮㻯㻰㻱㻲㻳㻴㻵㻶㻷㻸㻹㻺㻻㻼㻽㻾㻿㼀㼁㼂㼃㼄㼅㼆㼇㼈㼉㼊㼋㼌㼍㼎㼏㼐㼑㼒㼓㼔㼕㼖㼗㼘㼙㼚㼛㼜㼝㼞㼟㼠㼡㼢㼣㼤㼥㼦㼧㼨㼩㼪㼫㼬㼭㼮㼯㼰㼱㼲㼳㼴㼵㼶㼷㼸㼹㼺㼻㼼㼽㼾㼿㽀㽁㽂㽃㽄㽅㽆㽇㽈㽉㽊㽋㽌㽍㽎㽏㽐㽑㽒㽓㽔㽕㽖㽗㽘㽙㽚㽛㽜㽝㽞㽟㽠㽡㽢㽣㽤㽥㽦㽧㽨㽩㽪㽫㽬㽭㽮㽯㽰㽱㽲㽳㽴㽵㽶㽷㽸㽹㽺㽻㽼㽽㽾㽿㿀㿁㿂㿃㿄㿅㿆㿇㿈㿉㿊㿋㿌㿍㿎㿏㿐㿑㿒㿓㿔㿕㿖㿗㿘㿙㿚㿛㿜㿝㿞㿟㿠㿡㿢㿣㿤㿥㿦㿧㿨㿩㿪㿫㿬㿭㿮㿯㿰㿱㿲㿳㿴㿵㿶㿷㿸㿹㿺㿻㿼㿽㿾㿿

四 結 び

- (イ) 本稿の到達した結論は以下の通りである。
- (a) 四四九条は、主たる債務に取消原因あることについて保証の際に善意であつた保証人が自己と債権者との関

係において相対的に主たる債務を取り消し保証債務を無効とする権利——沿革的には旧民法債権担保編二五条二項、ボアソナード草案一〇二五条二項、（善意悪意を問わないが）フランス民法二〇三六条につながる——の存在を前提とするものである。

すなわち、同条は、主たる債務に取消原因あることについて保証の際に善意であった保証人には取消権があるが、悪意であったときは主たる債務者しか取消権を行使しえないことを前提としつつ、主たる債務が債務者によって取り消された場合には、保証債務も消滅するのが原則であるが、無能力を原因として取り消された場合に限りは、例外として、保証人（もちろん悪意であることが前提となっている）の義務が存続しうることを規定したものである。

したがって、四四九条の反対解釈に基づいて保証人の取消権を導くことができる。

(b) 保証人の取消権は、取消原因を有する主たる債務を保証したことに基づき、保証人に対してその固有の権利として与えられたものであつて、主たる債務者に代わつて行使するものではない。したがって、主たる債務者とは独立して行使でき、主たる債務者による追認によつて妨げられるものではない。これは旧民法・ボアソナード草案・フランス民法・ローマ法の沿革から帰結される。

右の追認に妨げられない取消権は、日本民法の解釈としては保証の際に取消原因あることについて善意の場合に限つて認められるべきである。これは、ボアソナードが起草の際にフランス民法に従わなかったことに起因するが、彼を支持すべきである。もっとも、保証人が悪意の場合も、主たる債務の追認・取消が確定するまでの暫定的な抗弁権を認める限度でフランス民法に従つたとしても、ボアソナードの起草意図に必ずしも反するものではなく、これを四四九条の解釈として認めることも不可能ではなからう（通説のように附従性から導くこともできよう）。

(c) 本稿の解釈に対しては反論が考えうる。

(a) 主たる債務が追認されたにもかかわらず保証人のみ取消権を行使して保証債務を免れうるとするのは、保証の附従性に反するという批判がありうる。

しかし、附従性とは、保証人が主たる債務者以上に重い義務を負うものではないことを示すにとどまり、主たる債務が無効になった場合に保証債務もそれに「従って」無効になることは帰結されても、主たる債務が追認によって確定的に有効になった場合に保証債務もそれに従って有効になるべきことまでは帰結されない。主たる債務がもと取り消しうべきものであった以上、たとえ、あとから追認されたとしても、保証債務との関係では取り消しうべきものとどまるとする方が附従性に忠実な解釈とも言える。

(b) むしろ、保証の担保的効力を弱めるものであるとの批判のほうが正確であろう。

確かに、本稿の解釈は保証の効力がある意味で弱めるものであるが、それが不当に弱めるものかどうかが問題になる。そこで、通説（履行拒絶抗弁説）に従うある教科書の説明を素材に、この問題を含めて、本稿の解釈との比較検討をする。

〔例〕 乙が自己所有の粗悪商品を優良品であると欺いて甲に一〇〇〇万円で売りつけ、甲のこの代金支払債務につき、丙が保証人になった（本稿では丙は保証の際に取消原因があることについて善意であると仮定する）。乙が丙に対して保証債務の履行として一〇〇〇万円の支払を求めてきた場合、丙はどうすればよいか。

右の例についてこう説明する。丙は一二〇条所定の取消権者には該当しない。しかし、丙は取消をなしえないと解すると、丙は一〇〇〇万円を支払わねばならず、その後甲が取消権を行使すれば求償権を行使しえなくなり、乙から一〇〇〇万円を不当利得として取り戻すほかないという丙に酷な結果となる。さりとて、甲が粗悪品でも一〇〇〇万円で買えてよかったと思っっているにもかかわらず、丙に甲乙間の売買契約の取消権を認めて、甲が欲していないにもかかわらず、原状回復を強いることは不当である。さらに、丙がどのように対応しえたとしても、甲自

身が追認した後は、保証債務の存在も確定的になり、丙は乙の請求に応じなければならない。それゆえ、丙は甲が取り消しも追認もせぬうちはさしあたり履行を拒絶でき、追認後は乙の請求に応じなければならないと解すべきである、とする。

本稿から見れば、まず、丙の取消権は四四九条に基づくものであり、かつ、あくまで丙と乙との関係において相対的に取り消すものであって、甲乙間の法律関係に干渉するものではない。これは沿革から帰結される。では丙の取消権が肯定されたとしても、追認後は保証債務も確定的になるのか。確かに、甲は粗悪品であつても一〇〇〇万円であつてよかつたと思つてゐるので、表意者たる甲が追認することは乙との関係では自由である。しかし、だからといつて、例えば本来六〇〇万円程度の価値しかないにもかかわらず騙して一〇〇〇万円で売つた乙の代金債権を、丙に担保させ、最終的に丙の負担において乙を儲けさせる必要はない。したがつて、丙が保証後に真相を知つたならば、乙の追認にかかわらず、自己の固有の権利として取消権を行使しうると解釈するのが相当である。それは、保証の担保的効力を不当に弱めるものではない。

本来、取消権は表意者を保護するためのものであるが、取り消しうべき点で定型的に内容に問題のありうる（これは詐欺強迫に限らず無能力についても同様である⁽²⁾）主たる債務をそれと知らずに保証しその履行の責を負う丙もまた、保証の附従性に照らしても甲と同じく丙固有の資格において保護されるべきである。それは、沿革から帰結されるところでもある。もつとも、主たる債務が追認された場合は、債務の内容に問題がないとの判断がその前提にあつたとも言える。しかし、それはあくまで主たる債務者の個人的な判断に過ぎず、また、たとえ問題があつても他の理由から追認に踏み切る場合もあろう。したがつて、保証人にも主たる債務者とは独立した判断をなすチャンスが与えられるべきであり、もし、保証人の判断として問題がなければ保証人の資格において追認すればよい。

（い）では、本稿の立場から他説を見ればどうなるか。

(a) 右の教科書の記述からもうかがえる通説（暫定的抗弁説）からの取消権肯定説に対する批判は、四四九条を根拠とする相対的取消権が沿革から帰結されたことによつて的外れなものとなった。むしろ、四四九条という条文とその沿革という根拠を得たことによつて、単に保証の附従性とドイツ民法を根拠とするにとどまる通説は、相対的に説得力を欠くに至つたと言えよう。

(b) 保証人の取消権を肯定する従来の説においても、主たる債務者による追認前に取り消すならば追認後もその効力は覆されないが、主たる債務者による追認後は取消権を行使しえないとするのが有力であつた。確かに、幾代説のように債権者代位権に基づく取消権の代位行使になぞらえればそうなるかもしれない。しかし、保証人による取消と主たる債務者による追認との先後争いになる点で必ずしも説得的ではない。それ以上に、そもそも保証人の取消権は、主たる債務者の権利を代わつて行使するものではなく、保証人が固有の権利に基づいて行使するものと解するのが沿革に忠実である。したがつて、主たる債務者の追認にかかわらず行使しようと解すべきであり、その結果の妥当性は、(ロ)で示した通りである。

(c) 梅博士の所説は、その理論構成において保証人を特定承継人と解することを強調した点で問題を含むものであり、それゆえ、不必要な批判を浴びることになった。しかし、四四九条の沿革を旧民法・ボアソナード草案・フランス民法・ローマ法とたどる限り、その結論においては、基本的に支持すべきものである。

(二) 最後に、今回、保証人の取消権に焦点を当てたため、必ずしも十分に検討しえなかつた点を不十分ながらも示し、残された課題とする。

(a) 一二二条但書は、従来、無意味な条文とされてきたことは一で示した通りである。

同条は、旧民法財産編五五七条・ボアソナード草案五八〇条を経て、フランス民法一三三八条三項但書に遡ることができ、ボアソナードやフランスの多くの学説が二重譲渡の例——日本民法に置き換えれば、第一の譲渡が対

抗要件を備えるも取消原因がある場合、第二の譲渡の後に第一の譲渡が追認されても、言わば取消権の譲受人でもある第二の譲受人に対抗できず、第二の譲受人は第一の譲渡を取り消しうる——で示すように、一三三八条の「第三者」は「特定承継人」と解するのが有力のようであり、ボアソナード草案・旧民法ともこれにならって追認は「特定承継人」の権利を害することができないとしていた。⁽³⁾ 現行一二二条但書は「第三者」に戻ったが、特に意味を変更する意図はないようであり、⁽⁴⁾ 梅博士や富井博士も同様の例を用いて説明している。⁽⁵⁾

ところが、一二二条但書を無意味とする学説は、右の二重譲渡の例については對抗要件の所在で決すべきであつて、これを適用する余地はないとする。⁽⁶⁾ しかし、一二〇条は取消権者の「承継人」つまり「特定承継人」にも取消権があることを示すもので、起草過程において、梅博士が、「特定承継人」にも取消権を認めることを強く主張した結果そうなったとされる。⁽⁷⁾ したがって、特定承継人である第二の譲受人が第一の譲渡を取り消すことによつて對抗要件の前提を失わせる（對抗問題ではなくなせる）ことは、少なくとも条文上は可能である。第一の譲渡が第二の譲渡の後に追認されたとしても、この取消権が一二二条但書によつて第二譲受人に留保されるとする余地は論理的には十分あろう。なお、フランス民法では「特定承継人」に相對無効訴権を認める明文がないため、反対に、一三三八条三項但書の存在を積極的な根拠として、これを認める見解もみられる。⁽⁸⁾

もつとも、近時のある学説のように、一二〇条の適用される「特定承継人」を「契約上の地位の譲渡」があつた場合に限り、⁽⁹⁾ したがって、少なくとも第一買主に対する通知があつて初めて売主の地位の譲渡を對抗しうるとするならば、今度こそ適用の余地はなくなろう。少なくとも通知がない限りは売主の地位に基づく（第二買主の）取消権は對抗できず、通知後は、譲渡人が追認するも意味がないからである。しかし、そもそも、「契約上の地位の譲渡」がある場合は一二〇条を必要としないのではないか。解除権については、第一買主に対する代金債権を伴つたかたちでの「契約上の地位の譲渡」がない限り移転しないとしても、取消権については、必ずしもそのような場

合に限らなければならないかどうか検討の余地があるう。

これをどう考えるかは残された課題とする。ここでは、一応、沿革にしたがって、一二三条但書の「第三者」を「特定承継人」と解し、適用の余地があることを前提として、保証人の取消権との関係について一言しておく。

(b) 梅博士は、保証人の取消権が主たる債務者の追認によって妨げられない根拠として一二三条但書を挙げた。しかし、保証人は特定承継人ではない以上、同条を直接適用することはできない。もともと、フランスの学説が指摘するように、保証人が置かれた状況にこれと共通するものがあることから、同条を類推適用する余地はあろう。ただし、それは従として結論を補強するものとどまり、主たる根拠は、取消権が保証人に固有の権利であること等、既に述べたことに求めるべきである。

(1) 鈴木祿弥・債権法講義（改訂版）（昭和六二年）三二五～三一六頁。

(2) 詐欺・強迫・無能力等の制度によって対等な当事者の自由でまじめな合意のプロセスを確保する限り欲求の最大の満足を通じて正当な内容の合意に至る、という前提に近代契約法が立っていることについては、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」民法論集第六卷（昭和六一年）二二二～二三三頁を参照。初出は、基本法学4 契約（昭和五八年）。

(3) 三三（a）を参照。

(4) 三三（a）（ii）を参照。

(5) 梅謙次郎・民法要義 卷之一総則編（三三版）（明治四四年、初版は明治二九年）三一六頁、富井政章・民法原論 第一卷総則（二七版）（大正一一年、初版は明治三六年）五五八頁。

(6) 我妻栄・新訂民法総則（昭和四〇年）四〇〇～四〇一頁、四宮和夫・民法総則（四版）（昭和六一年）二二二頁。

(7) 野沢正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位（四）」民商一〇〇巻五号（平成元年）一五三頁以下。その後の学説の推移については、同論文（五）民商一〇〇巻六号一四七頁以下を参照。

(8) Ghestin (J.), *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, éd. 1988, n° 832.

(9) 四宮・前出注（6）二一六頁注二。

(10) 前田達明・口述債権総論（二版）（平成二年）四三二頁。